Die Abrufsklausel unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung für den Verzug.

Dissertation
zur
Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

eingereicht
von

WOLFGANG FROEHLICH
Gerichtsreferendar

1931.

Druck: Georg Schenkalowsky Nachf. A.-G., Breslau 5, Gartenstraße 19

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Süß.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548224_0151

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Vorbemerkung 7

II. Form und Zweck der Abrufsklausel 9

III. Wesen des Abrufsgeschäftes und Abgrenzung desselben gegenüber ähnlichen Geschäften 11

a) Im allgemeinen 11

Abruf als Bestimmung des Lieferzeitpunktes
Abruf in der Regel keine Bedingung
Rechtsnatur des Abrufsgeschäftes
Der Abruf als Rechtsgeschäft
Bewirkung des Abrufs
Wirksamkeit des Abrufs

b) Abruf und Vertragsgegenstand 18

Einheitlicher Vertragsgegenstand
Teilbarer Vertragsgegenstand
Der Abruf von Teilmengen
Abruf nach Bedarf
Grenzfälle
Das Ratenlieferungsgeschäft
Das Sukzessivlieferungsgeschäft

c) Zeit des Abrufs 21

Kalendermäßig feststehende Abrufsfrist
Nicht vereinbarte Abrufsfrist
Handelsgebräuchliche Fristen
Einfluß äußerer Umstände auf die Abrufsfrist

d) Abrufsgeschäft und Spezifikationskauf 23

IV. Berechtigt der Abruf den Käufer nur oder verpflichtet er ihn auch? 24

Bedeutung der Verkehrsauffassung
Abruf vorwiegend ein Recht
Abruf eine Mitwirkungshandlung im Sinne von § 295 BGB.
Abruf nach Ablauf der Abrufsfrist vorwiegend Pflicht
Ausnahmen bei Sukzessivlieferungsverträgen
Einschränkung des Abrufsrechtes und Erweiterung der Abrufspflicht
Zusammenfassende Begriffsbestimmung
Stellung des Reichsgerichts
Stellung der Wissenschaft
Vorteile der Zander'schen Auffassung
Ergebnis der verschiedenen Ansichten

Seite

V. Abrufs- und Abnahmepflicht 30
Erweiterung des Pflichtenkreises des Käufers
Abruf kein Teil der Abnahmepflicht
Die Ansicht der Literatur
Der besondere Abnahmebegriff im Handel

VI. Vertragsverletzungen 32
Allgemeine Möglichkeiten
Positive Vertragsverletzung
Rechte aus diesen
Besonderheiten bei der Unmöglichkeit

VII. Der Verzug des Käufers 34
a) Gläubigerverzug 34
Voraussetzungen
Wann ist Fälligkeit der Leistung erforderlich?
Die Ansicht Hagedorns
Die gegenteilige Ansicht des Verfassers
Angebot des Verkäufers
Die Leistungsbereitschaft
Besonderheiten beim Sukzessivlieferungsgeschäft
b) Schuldnerverzug 41
Voraussetzungen
Nichtausübung einer Pflicht
Die Fälligkeit
Die Mahnung
c) Verzugsfolgen 43
Folgen des Gläubigerverzugs
Folgen des Schuldnerverzuges
Nichtanwendbarkeit des § 286 BGB.
Anwendung des § 326 BGB.
Ist Abruf eine Haupt- oder Nebenleistung?
Bedeutung des einzelnen Vertrages
Grundsätzliches aus der Rechtsprechung
Auffassung der Literatur
Der § 326 BGB. bei Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung

VIII. Würdigung des Handelsbrauchs in seiner Bedeutung für den Kauf auf Abruf 51
Feststellung von Handelsbräuchen
Die Gutachtensammlungen der Handelskammern
Das einzelne Gutachten
Einschränkung des Wertes und der Bedeutung des Gutachtens

Literaturverzeichnis 54

I.

Vorbemerkung.

In den letzten Jahren ist wenig Eingehendes über den Kauf auf Abruf geschrieben worden. Die umfangreichste Arbeit[1]) zu dieser Frage stammt aus dem Jahre 1915. Seit dieser Zeit ist zu diesem Thema nur gelegentlich in größeren Nachschlagewerken, Kommentaren, wie Handbüchern etwas gesagt worden. Die meisten Autoren begnügten sich dabei, die entscheidende Ansicht der Rechtsprechung anzuführen, sowie für Spezialstudium auf die Literatur aus dem Jahre 1915 und vorher[2]) zu verweisen. Die in manchen Punkten von der herrschenden Ansicht abweichende Auffassung der Verfasser selbst wird meist nur mit wenigen Worten vorgetragen. Aus diesen Umständen heraus ergibt sich der Zweck dieser Arbeit. Die Rechtsprechung hat sich mit der fortschreitenden Entwicklung und dem Ausbau der Handelsgeschäfte erweitert, ohne daß die Wissenschaft infolge des Anwachsens des Stoffes im einzelnen dazu dementsprechend eingehend Stellung nehmen konnte. Die Gerichte waren im Aufbau ihrer Auffassung über die gesetzlich nicht geregelte Materie des Abrufs vornehmlich auf eigene Ansicht und den Standpunkt der Wirtschaft, wie er sich vor allem in den Gutachten der Handelskammern äußerte, angewiesen. Das hat dazu geführt, daß den Handelskammern ein oft zu weit gehender Einfluß auf die Entscheidungstätigkeit der Gerichte eingeräumt worden ist. In dieser Hinsicht erscheint eine kritische Stellungnahme notwendig. Die im Jahre 1915 erschienene Schrift Hagedorns konnte noch die „wissenschaftliche Erörterung unter Verzicht auf jede Spekulation den Handelsgebräuchen unterordnen"[3]). Eine solche Betrachtungsweise läßt sich heute nicht mehr rechtfertigen, wo der sogenannte Handelsbrauch eine allmächtige Stellung eingenommen hat und oft kritiklos

[1]) Hagedorn, Der Kauf auf Abruf und die Handelsbräuche darüber, Berlin 1915.

[2]) Zander, Der Kauf auf Abruf, 1908; Freudenthal, Voraussetzungen des Verzuges des Käufers beim Kauf auf Abruf, 1912.

[3]) Hagedorn a. a. O. S. 7.

hingenommen wird, er andererseits aber diese Stellung nicht immer verdient, wenn man sich seine Entstehung so wie sie durch die Handelskammern festgestellt wird, vor Augen hält[4]).

In der vorliegenden Arbeit ist versucht worden, diesem Umstande besonders Rechnung zu tragen. Sie ist als eine Ergänzung der im Laufe der letzten Jahre in der Rechtsprechung und von den Handelskammern vertretenen Auffassungen gedacht. Vor allem will sie die vielfach verschiedenen Ansichten der Gerichte einerseits und der Wirtschaft andererseits zeigen und die sich in ihnen herausgebildeten Grundsätze in der Behandlung der zum Thema stehenden Frage zusammenfassen und zeigen, wo die Grenzen einer einheitlichen Behandlung der Materie liegen. Wenn Hagedorn und seine Vorgänger den Kauf auf Abruf in seiner rechtlichen Erheblichkeit in ihren verschiedenen Ansichten prinzipiell und einheitlich geklärt wissen wollten, so trug das nicht der tatsächlichen Stellung des Kaufs auf Abruf im wirtschaftlichen Leben Rechnung, denn gerade eine im Gesetz nicht geregelte Materie bietet bei ihrer rechtlichen Würdigung den Vorteil, in weitgehendstem Maße dem einzelnen Falle im Rahmen des neuesten und fortschrittlichsten Rechtsempfindens gerecht zu werden, ohne dabei von der oft starren und daher leicht unbilligen Regelung des Gesetzes belastet zu sein. In dieser Arbeit ist darum vor allem versucht worden, zu zeigen, daß vorläufig der Versuch einer prinzipiellen und einheitlichen Lösung der den Abruf betreffenden strittigen Fragen müßig sein muß, da einer solchen durch den praktischen Fall jederzeit die Grundlagen entzogen werden können. Die Frage, wie weit sich eine einheitliche Auffassung aus der Natur des Gegenstandes ergibt, ist dafür Voraussetzung und mußte dementsprechend behandelt werden.

Von einer wörtlichen Anführung von erstatteten Handelskammergutachten, wie sie vielleicht ratsam erscheinen könnte, ist abgesehen worden. Einmal würde eine solche Aufstellung zu umfangreich ausfallen, außerdem aber entspräche sie nicht der Ansicht des Verfassers von dem in zeitlicher wie materiellrechtlicher Beziehung beschränkten Wert der Handelskammergutachten.

[4]) Vgl. hierzu Schreiber, Handelsbräuche, Mannheim 1922.

II.

Form und Zweck der Abrufsklausel.

Mangels gesetzlicher Normierung muß die Konstruktion des Abrufsgeschäftes vornehmlich aus dem Wesen des Geschäfts und seinem wirtschaftlichen Zwecke entwickelt werden. — Die Abrufsklausel findet sich vorwiegend bei Kaufverträgen, sie ist aber bei jedem Rechtsgeschäft, das auf eine gegenseitige Leistung in Waren hinzielt, denkbar, so auch bei Werklieferungsverträgen und Tausch. Besonders häufig findet sich die Abrufsklausel auch bei den Sukzessivlieferungsverträgen, Kaufverträgen, bei denen ratenweise Lieferung der gekauften Waren und ein dementsprechender Teilabruf vereinbart ist.

Unter der Abrede „auf Abruf" wird das zeitlich begrenzte Recht des Käufers verstanden, unter Ausschaltung der im § 271 BGB. enthaltenen Bestimmung, den Zeitpunkt der Leistung dem Verkäufer bindend vorzuschreiben; d. h.: der Verkäufer darf nicht eher seine Lieferungsverpflichtung erfüllen, als bis der Käufer abgerufen hat.

Der Abrufsvertrag dient damit aber seinem wirtschaftlichen Zwecke nach nicht allein den Interessen des Käufers; für beide Vertragsteile ergeben sich Vor- und Nachteile.

Dem Käufer wird damit das Bezugsrecht auf ein größeres Quantum Waren auf künftige Zeit hin eingeräumt. Er sichert sich dadurch gegen Mangel bei plötzlichem Bedarf und gegen den Wechsel der Qualität; weiterhin hat er den Vorteil der beim Kauf größerer Mengen üblichen Preisermäßigung, ohne daß er seinerseits sofort den Kaufpreis zu zahlen hat.

Der Verkäufer dagegen sichert sich durch eine derartige Vereinbarung einen geregelten Absatz auf längere Sicht und ermöglicht sich dadurch eine gleichmäßige Durchführung seines Betriebes in einem längeren Zeitraum, denn er braucht nicht sofort das ganze Quantum der bestellten Waren zur Verfügung des Käufers zu halten. Dieser Vorteil erhöht sich für den Verkäufer noch bei den besonderen Sukzessivlieferungsgeschäften, weil er hier nie mehr als eine Teilmenge der bestellten Waren zur Lieferung bereit zu halten braucht.

Nicht immer ist die einem Vertrage innewohnende Absicht der Parteien, die Lieferung solle erst nach Abruf erfolgen, sofort erkennbar. Der Handelsverkehr bedient sich der verschiedensten Schlagwörter, um sie darzutun. Außer den üblichen Formeln „Auf Abruf", „Zur Abforderung"[5]), „Abzurufen", finden sich auch Termini, wie „Abzunehmen, wie immer, wenn der Besteller die Ware braucht"[6]), „nach Käufers Wahl"[7]), „gegen rechtzeitige, vorherige Einteilung", „Abruf nach Wahl und Bedarf"[8]). In allen diesen Fällen handelt es sich um Abrufsverträge, in denen die Absicht der Parteien, die Lieferung von dem Willen des Käufers abhängig zu machen, hervortritt. Es gibt aber auch Verträge, wo diese Absicht der Parteien nur aus den Umständen zu entnehmen ist und stillschweigend als vereinbart gelten muß; hier ist der einzelne Fall allein entscheidend. So hat z. B. die Lieferungsbedingung „Lieferzeit Oktober/März 1911 in gleichmäßigen Raten" im Geschäftsverkehr mit Stärke und Sirup die Bedeutung, daß der Verkäufer die Raten nicht ohne vorherigen Abruf des Käufers liefern darf[9]). — Es läßt sich nicht verkennen, daß die mannigfaltige Ausdrucksweise für die Abrufsabsicht der Parteien oft Unklarheiten bezüglich der Auslegung des Vertrages hervorruft und zu Streitigkeiten führen muß. Es gelten für die Auslegung dann folgende Gesichtspunkte: Gehören die Vertragsparteien dem Kaufmannsstande an, so ist zunächst zu vermuten, daß sie sich dem ergänzenden Handelsbrauch über das geschlossene Geschäft haben unterwerfen wollen. Wenn sich diese Vermutung nicht widerlegen läßt, greift § 346 HGB. Platz, wonach hinsichtlich der Bedeutung und Wirkung von Handlungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Diese müssen für jeden einzelnen Fall besonders festgestellt werden, um die Zweifel über den Vertragsinhalt zu klären.

Im übrigen, insbesondere bei Verträgen, wo die Vorschriften des Handelsgesetzbuches nicht Anwendung finden, gilt in Zweifelsfällen der § 157 BGB., wonach in Erweiterung des § 346 HGB. nicht allein die Handelssitte, sondern die gesamte Verkehrssitte entscheidend ist[10]).

Eine abseits von den üblichen Klauseln stehende und umstrittene Wendung ist die „auf oder zur Abnahme". Sie

---

[5]) Staub, Komm. z. HGB. Anhang zu § 374 A. 5.
[6]) „Recht" 1921 Nr. 1437, 1433.
[7]) „Recht" 1907 Nr. 148.
[8]) Dove-Meyerstein Bd. 3 Gutachten 1643.
[9]) Oelrichs, Gutachten 79.
[10]) Staudinger, Komm. Bd. 1 Anm. 3 zu § 157.

wird oft im Sinne des Abrufs gebraucht. Sie diesem aber prinzipiell gleichzustellen, wie manche Autoren tun[11]), dürfte zu weit gehen und nicht immer dem Willen der Parteien entsprechen. Es kommt auch hier auf die in den Kreisen der Beteiligten übliche Verkehrsauffassung und Handelsübung an. Die Frage, ob hier ein Abruf vorliegt, läßt sich prinzipiell nicht bejahen. So wird z. B. im Zweifel in der Vereinbarung in sukzessiver Abnahme nur die Absicht auf Zulassung von Teillieferungen zu erblicken sein; es besteht aber kein Grund, aus dieser Abrede entnehmen zu wollen, daß nun der Käufer auch ohne weiteres die Lieferzeit zu bestimmen habe[12]).

III.

Wesen des Abrufsgeschäfts und Abgrenzung gegenüber ähnlichen Geschäften.

a) Im allgemeinen.

Die Abrufsklausel in einem Vertrage bedeutet gegenüber dem gewöhnlichen, ohne diese Abrede geschlossenen Vertrage eine Modifikation. Ein Kauf auf Abruf ist ein Kauf, der lediglich in dem Punkte der Liefer- und Erfüllungszeit dem gewöhnlichen Kauf gegenüber eine Besonderheit aufweist. Im allgemeinen gilt, wenn nichts Besonderes vereinbart ist, daß beide Vertragsteile ihre Leistungen sofort zu bewirken haben. (§ 271 BGB.) Diese Bestimmung ist bei dem Abrufsgeschäft ausgeschaltet. Die Bestimmung der Lieferzeit ist in die Hände des Käufers gelegt. Erst bei Vorliegen des Abrufs kann Fälligkeit, d. h. die Verpflichtung zur alsbaldigen Lieferung — meist Zug um Zug — eintreten. Im übrigen ist der Kauf auf Abruf als gewöhnlicher Kauf und zwar in der Regel als fester Kauf anzusehen. Nur eine solche Auffassung entspricht dem Wesen und wirtschaftlichem Zwecke des Vertrages, denn eine Sicherung der die Vertragsteile bestimmenden Interessen kann nur durch einen festen Vertrag erzielt werden. Im Handelsverkehr wird er allgemein als solcher angesehen und es hat sich dementsprechend auch die Wissenschaft[13]) und Rechtsprechung[14]) auf diesen Standpunkt gestellt.

---

[11]) So Staub, Vorbem. 71 zu § 373, § 374 Anm. 167, Exk. vor § 373 Anm. 67, 1921; Zander, in Grüch. Beiträgen Bd. 52 S. 304; Recht 08 Nr. 698.

[12]) RG. Leipz. Zeit. 1912 S. 458.

[13]) Vgl. Staub, Anh. § 359 Anm. 5, 1926; Zander a. a. O. S. 306; Freudenthal a. a. O. S. 4.

[14]) Dove-Meyerstein, 1907, S. 85, 362.

Welche Rechtsnatur ist nun der Abrufsklausel in bezug auf den Vertrag zuzusprechen? Sie ist in der Regel nicht als Bedingung anzusehen, wonach der Vertrag nur dann wirksam sein solle, wenn abgerufen wird; das würde im allgemeinen dem Sicherungszwecke, den das Geschäft nach dem Willen der Parteien haben soll, nicht entsprechen, denn ihre Absicht geht nicht dahin, die gegenseitigen Ansprüche und Verpflichtungen erst im Zeitpunkt der Vornahme des Abrufs entstehen zu lassen, sondern schon im Moment des Vertragsabschlusses. Anderenfalls würden die Vertragsteile in ihren Rechten zu unsicher gestellt sein. Lediglich die Geltendmachung, d. h. hier die Fälligkeit der gegenseitigen Leistungen, wollen die Parteien hinausgeschoben wissen bzw. die Bestimmung des Eintritts der Fälligkeit vom Willen des Käufers abhängig gemacht sehen, aber nicht, wie es die Folge der anderen Auffassung wäre, die Wirksamkeit des ganzen Vertrages vom Abruf abhängig sehen. Die Absicht der Vertragsteile ist vielmehr dahin aufzufassen, daß einmal der Vertrag uneingeschränkt von beiden Teilen erfüllt werden solle. Die Abhängigkeit der Rechtswirkungen von etwas Ungewissem, die für eine Bedingung Voraussetzung wäre, fehlt also; sie läge in der Regel nicht im Interesse der Parteien[15]).

Freudenthal[16]) hat um dieser Absicht der Parteien willen, die für den Abruf charakteristisch ist, das Abrufsgeschäft ein betagtes, im Gegensatz zum befristeten, genannt. Hagedorn[17]) wieder nennt das Geschäft befristet und will im Anschluß an Enneccerus[18]) den Unterschied zwischen betagtem und befristetem Rechtsgeschäft nicht gelten lassen, lediglich einen solchen zwischen befristetem und bedingtem Rechtsgeschäft.

Es genügt, um die rechtliche Natur des Abrufsgeschäfts klarzulegen, auf die Grundzüge, soweit sie in Verbindung mit dem Gesetz praktische Bedeutung haben, einzugehen. In dieser Richtung kommt nur die Bestimmung des § 163 BGB. in Frage, der ein Rechtsgeschäft, dessen Wirkung bei dessen Abschluß von einem Anfangs- oder einem Endtermine (Zeitbestimmung) abhängig gemacht wird, den bedingten Rechtsgeschäften gleichstellt. Ist der Abrufsvertrag diesen im Sinne des § 163 BGB. zeitbestimmten Rechtsgeschäften zuzurechnen? Diese Frage wird zu verneinen sein, und das eben aus demselben Grunde, warum das Vorliegen eines rein bedingten Geschäftes abgelehnt worden ist. Es kommt dabei auf die Auslegung an,

---

[15]) Enneccerus, Lehrb. Bd. 1, 1928, §§ 181, 182.
[16]) Freudenthal a. a. O. S. 7/8; ebenso Endemann, Lehrb. Bd. 2 S. 923 Anm. 2.
[17]) Hagedorn a. a. O. S. 12 ff.
[18]) Enneccerus, 1928, Bd. I, 1 § 182 Abs. II, 2a.

in welchem Sinne die Parteien die Bestimmung des Termins in der Form des Abrufs einer von ihnen überlassen haben[19]). Es entspricht dem Zweck und dem Willen der Parteien aber nur, wie oben ausgeführt, die Auffassung, daß der Vertrag mit sofortiger Wirkung geschlossen und lediglich dessen Geltendmachung bis zum Eintritt eines Termins hinausgeschoben werden soll[20]).

Deswegen bleibt für die vom Gesetz für die anderen Fälle, wo die Beendigung oder der Eintritt der rechtlichen Wirkung von der Zeitbestimmung abhängig gemacht wird, vorgesehene Gleichstellung von Zeitbestimmung und Bedingung hier kein Raum mehr und § 163 BGB. kann keine Anwendung finden[21]). Der Anfangstermin spielt dann vielmehr nur die Rolle, das Recht auf die Leistung oder andererseits den Zeitpunkt der Leistungspflicht hinauszuschieben; es handelt sich da um ein befristetes Recht, kein befristetes Rechtsgeschäft in dem den ganzen Vertrag umfassenden Sinne. Die Wirksamkeit des Geschäfts tritt vielmehr sofort ein und nur die Ausübung der in ihm gewährten Rechte ist hinausgeschoben[22]).

Enneccerus namentlich will auch auf diese Geschäfte den § 163 BGB. angewandt wissen, da er den Unterschied zwischen den beiden Möglichkeiten einer Befristung nicht gelten läßt. Er ist der Ansicht, daß zur Wirksamkeit des Geschäfts die Möglichkeit der Geltendmachung des Rechts ebenso gehöre, wie die Entstehung des Rechts[23]). Andere Autoren, wie Lehmann[24]) und Engelmann[25]), lassen den Unterschied wiederum gelten, rechnen aber beide Arten der Befristung unter den § 163.

Der Auffassung, daß der Fall der nur hinausgeschobenen Geltendmachung eines bereits bestehenden Rechtes unter § 163 falle, kann nicht beigetreten werden. Sie steht im Widerspruch zu den als Hilfsmittel der Auslegung wichtigen Gesetzesmaterialien. Der Entwurf I zum Bürgerlichen Gesetz-

---

[19]) Vgl. Warneyer Bd. I, 1923, § 163 Anm. 1.

[20]) Zander, Endemann, Rehbein, Engelmann nennen ein solches Rechtsgeschäft betagt, während sie dasjenige, das die Wirksamkeit eines Vertrages von einer Zeitbestimmung abhängig macht, befristet bezeichnen. Empfehlenswert wäre es vielleicht, das erstere eine unechte Befristung zu nennen.

[21]) So Warneyer a. a. O. Bd. I § 163 Anm. 1; Zander a. a. O. S. 304, 333; Reichsgerichtsrätekommentar § 163a, 1, 1929; Achilles-Greiff, Komm. § 163 Anm. 1; Gruch. Beitr. 43 S. 367 und 54 S. 898.

[22]) In diesem Sinne hat sich auch das RG. speziell für das Abrufsgeschäft ausgesprochen; Warn. Entsch. 1916 Nr. 273; Jur. Woch. 1902 S. 191.

[23]) Enneccerus Bd. I, 1 § 185/186, 1928, S. 508 ff.

[24]) Lehmann, Allg. Teil des BGB. S. 246 ff.

[25]) Engelmann, Das Bürgerliche Recht S. 120.

buch § 141[26]) hat die hier vertretene Auffassung im Gesetz berücksichtigen wollen. Es war dort bestimmt, „wenn einem Rechtsgeschäft ein bestimmter Termin, dessen Eintritt gewiß ist, als Anfangstermin beigefügt ist, so tritt die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäfts sofort ein und nur die Geltendmachung ist auf den künftigen Termin hinausgeschoben, wenn nicht aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts erhellt, daß die rechtliche Wirkung erst mit dem Anfangstermin eintreten soll". Nur im letzteren Falle sollen die Vorschriften über die Bedingung Anwendung finden. Es ist also dort ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß Fälle gedacht werden können, wo nur die Geltendmachung hinausgeschoben sein soll. Die II. Kommission (Prot. I S. 186) ließ zwar diese Unterscheidung fallen, aber mit der Begründung, daß ohnehin klar sei, daß die vorgeschriebene Anwendung der Bestimmungen über Bedingung auf die Fälle, in welchen bloß die Geltendmachung hinausgeschoben werden solle, sich nicht beziehe. Die zuerst beabsichtigte Fassung des § 141 wurde deswegen durch die heutige Form des § 163 ersetzt. Die darin getroffenen Bestimmungen sollen also demnach nur Anwendung finden, wenn die Wirkung eines Rechtsgeschäfts selbst von dem Eintritt eines Anfangstermines abhängig gemacht ist.

Die Auffassung von Enneccerus würde auch den Notwendigkeiten des praktischen Falles widersprechen; z. B. würde die praktische Bedeutung eines Abrufsvertrages illusorisch werden, wenn man vor dem erfolgten Abruf den Parteien keine Rechte und Pflichten zugestehen wollte. Wo bliebe da die Sicherung des Verkäufers auf einen regelmäßigen Absatz und die des Käufers, nach der er auf Bereithalten der Ware durch den Verkäufer rechnen kann.

Im Abrufvertrage handelt es sich also nur um einen Fall der hinausgeschobenen Rechtsausübung, nicht um ein im Sinne des § 163 BGB. durch einen Termin in seiner Wirksamkeit bedingtes Rechtsgeschäft.

Es sei hier darauf hingewiesen, daß der Abruf als solcher insofern eine Bedingung enthält, als ohne seine Vornahme keine Leistung vom Verkäufer erfolgen kann, bzw. wenn eine solche erfolgen sollte, diese zurückgewiesen werden könnte. Damit ist aber nur die Lieferungspflicht bedingt; das ist aber keine Bedingung im Sinne des BGB. und macht das Rechtsgeschäft als Ganzes nicht zu einem bedingten. Der Verkäufer könnte z. B. aus dem Vertrage Schadensersatzansprüche herleiten, ohne daß ein Abruf erfolgt sein müßte. Der Umstand der vertragsmäßig eingeschränkten Lieferungsmöglichkeit des

[26]) Entw. I 151.

Verkäufers könnte allerdings im ersten Augenblick zur Annahme eines bedingten Geschäftes verleiten.

Es gibt aber einen Ausnahmefall, wo das Abrufsgeschäft als bedingt anzusehen ist: dann, wenn die Parteien die Erfüllung des Vertrages ausdrücklich von der Willkür einer von ihnen abhängig machen. Diese Möglichkeit steht den Parteien offen. Sie wird auch von dem Reichsgericht anerkannt[27]). In solchem Falle liegt eine Potestativbedingung vor. Ihre Absicht müssen die Parteien aber im Vertrage z. B. durch Klausel wie auf Abruf freibleibend oder unverbindlich festlegen, denn die Vermutung, die sich auf den Handelsbrauch stützt, spricht gegen eine solche Annahme.

Der Abruf selbst ist für den Vertragsgegner das Zeichen, er solle jetzt liefern. Es ist eine Bestellung zum Zweck der Absendung. Mit ihm gibt der Käufer dem Verkäufer seinen Willen zu erkennen, daß er nunmehr Lieferung der gekauften Sachen verlange. Er ist als eine Willenserklärung anzusehen. Sie ist empfangsbedürftig, weil sie nach dem Vertrage einem anderen gegenüber abzugeben ist (§ 130 BGB.). Die Vornahme des Abrufs wird sich in der Regel auch als ein Rechtsgeschäft darstellen. Eine Definition des Rechtsgeschäfts findet sich nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch, trotzdem sich oft der Gesetzgeber dieses Begriffes bedient hat. Nach den Motiven zum ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist ein Rechtsgeschäft „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welche nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist"[28]). Diese Begriffsbestimmung hat sich die Literatur zu eigen gemacht. Wenn auch in den Motiven von einer Privatwillenserklärung die Rede ist, so besagt das nicht, daß sich Rechtsgeschäft und Willenserklärung decken; denn, um eine Willenserklärung wirksam zu machen, müssen außer den Erfordernissen der Erklärung selbst noch andere Voraussetzungen vorliegen, die sogenannten Rechtsbedingungen conditiones juris. So ist z. B. zur rechtsgeschäftlichen Wirksamkeit der im Abruf liegenden Willenserklärung erforderlich, daß sie von einem zur Erklärung Befugten vorgenommen wird, nicht etwa von einem nichtvertretungsberechtigten Dritten. Der bloße Wille kann also einen Abruf nicht immer wirksam machen. Das Rechtsgeschäft kann unter Umständen auch aus mehreren Willenserklärungen bestehen, in Fällen nämlich, wo eine solche für sich allein nicht wirksam sein würde; z. B. die Willenserklärung des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten bedarf grundsätz-

[27]) Jur. Woch. 1911 S. 278, 6; Jur. Woch. 1910 S. 230, 6.
[28]) Mot. I S. 126.

lich der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Erst also, wenn mit der Abrufshandlung alle Erfordernisse ihrer Wirksamkeit erfüllt sind, treten ihre sich nach dem Inhalt der Erklärung bestimmten Wirkungen ein. Daher ist nur ein ordnungsmäßiger Abruf ein wirksames Rechtsgeschäft, während auch ein nicht ordnungsmäßiger Abruf, z. B. der eines unberufenen Dritten, eine Willenserklärung enthielte. Eine Willenserklärung ist in erster Linie eine Gedankenäußerung mit rein subjektiver Wirkung für den Äußernden, ein Rechtsgeschäft erfordert aber ein wirksames Geschehen nach außen hin, ein objektiv wahrnehmbares Gestalten der Rechtsverhältnisse mit den dem Handelnden von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Mitteln[29]). Ein Rechtsgeschäft muß nach der Rechtsordnung wirksam sein, um ein Rechtsgeschäft zu sein; eine Willenserklärung bleibt immer eine solche, unabhängig von der Wirksamkeit des Erklärten. Man kann daher sagen: Ein Abruf ist immer eine Willenserklärung. Der ordnungsmäßige Abruf ist ein durch eine oder mehrere einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen bestimmtes Rechtsgeschäft.

Die für die in einem Rechtsgeschäft liegende Willenserklärung erforderlichen Bestandteile, wie Wille (Handlungswille, Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille), Erklärung und Übereinstimmung von Wille und Erklärung müssen gegeben sein. Fehlt eines dieser Merkmale, so liegt kein ordnungsmäßiger Abruf vor.

Der Abruf kann auf die verschiedenste Weise erfolgen. Er ist an keine Form gebunden, kann daher schriftlich und mündlich, insbesondere auch telefonisch abgegeben werden. Er muß seinem Inhalte nach unzweideutig sein, d. h. aber nicht, daß man zu strenge Anforderungen an seinen Wortlaut stellen darf. Entscheidend ist, daß sich aus der Abrufserklärung ergibt, daß der Abrufende jetzt die Lieferung innerhalb einer gewissen Lieferungsfrist von einem bis drei Tagen erwartet. Es braucht dabei in der Erklärung vom Abruf nicht ausdrücklich die Rede sein, auch nicht davon, daß der Käufer die Lieferung jetzt verlange, fordere. Es genügt die Angabe eines angemessenen Termines als gewollte Lieferzeit. Die Pflicht des Verkäufers, dann zu liefern, ergibt sich aus dem Vertrage; es ist nicht mehr nötig, sie im Abruf besonders auszusprechen. Üblich sind als Abruf Wendungen wie: Die im Vertrage vom 1. Februar 1930 gekauften Waren rufe ich mit sofortiger Wirkung ab; erbitte Lieferung 1000 Ztr. Kohle laut Vertrag vom 1. Februar 1930 zum 5. Juni 1930. Es genügen

[29]) Vgl. Lehmann a. a. O. S. 126.

aber auch Wendungen wie: Sie können mir am 5. Juni 1930 1000 Ztr. Kohle zugehen lassen; ich bestelle 1000 Ztr. Kohle zum 5. Juni 1930. Ist zwischen den Parteien ein Abrufsvertrag geschlossen, so ist im Zweifel auch letzte Wendung als Abruf anzusehen, nicht als ein neues Vertragsangebot. Besonders bei Sukzessivlieferungsverträgen wird diese Form gewählt. Angenommen, es sind 10000 Ztr. Kohle verkauft, dann heißt im Handel in der Regel eine Bestellung auf 1000 Ztr. Kohle zum ..... (nach Vertragsabschluß), es sollen 1000 Ztr. von den gekauften 10000 Ztr. abgesandt werden. Weder Käufer noch Verkäufer können sich, wenn nicht aus der Bestellung etwa etwas Gegenteiliges hervorgeht, darauf berufen, sie hätten diese Erklärung als ein neues Vertragsangebot aufgefaßt.

Mit dem Abruf wird der unbestimmte Leistungstermin zu einem kalendermäßig bestimmten und von dem Zugang des Abrufs an läuft die ausdrücklich vereinbarte oder sich aus dem Handelsbrauch der einzelnen Geschäftszweige ergebende Lieferfrist[30]), nach deren Ablauf die Leistung fällig wird.

Wenn in der Literatur[31]) die Ansicht vertreten wird, daß die Frist sich im voraus berechnen läßt, der Käufer daher nicht mehr zu mahnen brauche, um den Verkäufer nach § 284 BGB. in Verzug zu setzen, so trägt eine so uneingeschränkte Feststellung nicht immer den Unterschiedlichkeiten des praktischen Falles Rechnung. In den meisten Fällen wird sich die Lieferfrist allerdings errechnen lassen. Wenn über sie nichts Ausdrückliches im Vertrage gesagt ist, dann läßt sich ein kalendermäßiger Zeitpunkt meist unter Heranziehung der Handelsusancen der betreffenden Branche feststellen. Eine Unkenntnis der Handelsusance im einzelnen Falle muß der Verkäufer gegebenenfalls nach § 346 HGB. gegen sich gelten lassen. Oft wird sich aber auch eine solche Handelsusance nicht feststellen lassen, so daß der Käufer nicht auf diese Weise für sich Rechte erlangen kann. Dann ist von seiner Seite noch eine Mahnung bzw. eine Fristsetzung nötig, um den anderen Teil in Verzug nach § 284 BGB. zu bringen[32]).

Da der Abruf eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, wird er erst, gemäß § 130 BGB., mit dem Zugang wirksam. Der Zugang des Abrufs bewirkt, daß die Leistung des Verkäufers nach Ablauf der ihm zustehenden Lieferfrist fällig wird. Zugegangen ist die Erklärung unter Abwesenden, sobald der Empfänger bei normaler Gestaltung seiner Verhältnisse

[30]) Vgl. unten S. 39, 43.
[31]) Zander in Gruch. Beiträgen Bd. 52 S. 305 ff.
[32]) Vgl. OLG.-Entscheidungen Bd. 16 S. 386.

die Möglichkeit hatte, vom Abruf Kenntnis zu nehmen und die Kenntnisnahme nach den Gepflogenheiten des Verkehrs von ihm erwartet werden mußte. Kenntnisnahme ist also unter Umständen nicht erforderlich. Wird der Abruf mündlich zwischen den Parteien erklärt, so gilt er als zugegangen, wenn er vernommen worden ist. Hier fällt Zugang und Kenntnisnahme zusammen, denn der eine bedingt die andere.

b) Abruf und Vertragsgegenstand.

Der Abruf ist in seiner Wirksamkeit durch den Rahmen des Vertrages bedingt. Er kann sich inhaltlich nur auf eine diesem entsprechende Leistung beziehen. Aber innerhalb dieser ihm gezogenen Grenzen gestattet die Natur des Gegenstandes mit Bezug auf das Leistungsquantum einige Verschiedenheiten der Gestaltung des Abrufs, die im Zweifelsfalle Anlaß zu Streitigkeiten geben können. Es sind für den Fall, daß sich im Vertrage keine besondere Regelung findet, folgende Grundsätze als entscheidend anzuführen:

Bei einheitlichem Gegenstande ist als Parteiwille zu unterstellen, daß der Abruf auf einmal abzugeben ist und die ganze Leistung umfassen soll, so z. B. bei Kauf eines Ballen Tuches, einer Saatmaschine usw. Die Einheitlichkeit des Leistungsgegenstandes läßt sich meist unschwer aus seiner Natur, seiner Packung, der gehandelten Menge und seiner Zweckbestimmung entnehmen.

Ist die Leistung ihrem Charakter nach nicht als einheitlich anzusehen, z. B. 10000 Ztr. Kohle, dann kann der Käufer auch in Raten abrufen. Meist wird einer solchen Absicht der Parteien im Vertrage durch dessen Wortlaut irgendwie Rechnung getragen. So deuten Vereinbarungen wie „Lieferung auf Abruf nach Belieben", „nach Bedarf", „zu liefern in Teilmengen auf Abruf" oder „unter Vorbehalt der Abnahme" auf Abruf in Raten hin. Das Recht der ratenweisen Abnahme darf der Käufer jedoch nicht so willkürlich ausnutzen, daß es sich schikanös für den Verkäufer auswirkt. Er darf einmal nicht in so kleinen Raten abrufen, daß eine dementsprechende Lieferung dem Verkäufer nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann. Auch kann der gleichzeitige Abruf einer unverhältnismäßig großen Menge der Waren gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn nach der Natur der Sache gleichmäßig fortlaufende Lieferung geboten war[33]). Es muß beim Abruf auch auf den Umfang des Geschäftsbetriebes des

[33]) Vgl. R.G. Bd. 96 S. 128.

Verkäufers Rücksicht genommen werden[34]). In welchen Mengen abzurufen der Käufer das Recht hat, ist im Einzelfall, wie Staub sagt, nach allen Umständen zu bemessen[35]). Der Käufer muß dabei dem anderen Teil auch noch eine angemessene Zeit zur Lieferung lassen, denn er kann nicht erwarten, daß der Verkäufer die Waren bereits verpackt und sortiert bereithält.

Im allgemeinen kann man sagen, daß in dem Falle, wo Abnahme einer bestimmten Menge in einem gewissen Zeitraum ausbedungen ist, im Zweifel Abruf von annähernd gleichen Raten in gleichen Zwischenräumen gewollt ist, außer, wenn Gebrauch und Bedarf der Waren zu verschiedenen Zeiten verschieden ist; dann entscheidet der Bedarf[36]). Letzteres ist besonders bei den Fällen häufig, wo die Lieferung in Raten nach Bedarf vereinbart worden ist. Hier ist dem Käufer bis zum Schluß der Abrufsfrist freie Hand gelassen; er kann den Abruf seinen wirtschaftlichen Bedürfnissen anpassen. Es ließe sich also auch die Anforderung einer verhältnismäßig großen Menge rechtfertigen, sofern der tatsächliche Bedarf danach ist. Der Auffassung Zanders[37]), daß dadurch dem Käufer ohne Rücksicht auf den wirklichen Bedarf freie Hand gelassen sein soll, kann nicht beigepflichtet werden. Eine solche Auffassung verstieße gegen Treu und Glauben und würde eine vertragswidrige Schädigung des Verkäufers zur Folge haben können. Auch muß weiter dann aus der Klausel „nach Bedarf" nach den Grundsätzen von Treu und Glauben hergeleitet werden, daß der Käufer seinen Konsum nicht anderswo eindecken darf. Dies ist als das Äquivalent dafür anzusehen, daß der Verkäufer mit der Vereinbarung „nach Bedarf" unsicherer gestellt ist, als wenn die Lieferung unabhängig vom Bedarf zu erfolgen hätte. Die Klausel „Abruf nach Bedarf" aber schiebt die Verpflichtung des Käufers zum Abruf deswegen noch nicht unbegrenzt auf, denn seine Pflicht zur Abnahme besteht ja unabhängig vom Bedarf. Über die zeitlichen Grenzen, die seinem Bedarfsrechte gesetzt sind, wird im folgenden noch zurückzukommen sein. Das Geschäft ist jedenfalls nicht bedingt durch das Vorhandensein eines Bedarfs[38]).

---

[34]) Vgl. Dove-Meyerstein Bd. 3 Gutachten 1641.
[35]) Vgl. Staub, Komm. z. HGB. Anm. 46 zu § 373 und Vorbemerk. 49e, 1921.
[36]) Vgl. RG. Bd. 94 S. 18, Bd. 33 S. 54.
[37]) Vgl. Zander a. a. O. S. 308 ff.
[38]) Vgl. Staub a. a. O. Anh. zu 359 Anm. 5, 1926, und ROHG. Bd. 14 S. 292, Bd. 13 S. 35; Jur. Woch. 1907 S. 103, 5; „Recht" 1908 S. 391, 2300 und 1905 S. 229.

Oft läßt sich nicht eindeutig sagen, ob eine einheitliche oder nichteinheitliche Leistung Gegenstand des Vertrages ist, insbesondere dann, wenn die Einheitlichkeit von der Menge, wie es der Handel im allgemeinen tut, abhängig gemacht wird. Es sind dann die dementsprechenden Handelsbräuche zur Auslegung dieser Frage heranzuziehen. So gilt z. B. im Papierhandel eine Menge von 1000 Bogen als Mindestleistung und daher einheitlich[39]). Im Großhandel mit Rohzucker gilt eine Menge von 600 Sack als eine Partie und daher einheitlich[40]). Eine im Geschäft vereinbarte Lieferung in kleineren Mengen müßte im Vertrage ausdrücklich ausgesprochen sein.

Läßt sich die Einheitlichkeit aber weder auf Grund einer Vereinbarung noch auf Grund des Handelsbrauchs feststellen, dann wird man zugunsten des Käufers annehmen müssen, daß sein Abrufsrecht auch die Teilung der Lieferung einbeschließt und eine einheitliche Leistung nicht vorliegt.

Ist die Ratenlieferung im Vertrage ausdrücklich vereinbart und sind die Abrufstermine im wesentlichen im voraus festgelegt, so spricht man von einem Sukzessivlieferungsgeschäft mit Abrufsklausel. Es ist als eine Abart des gewöhnlichen Abrufsgeschäfts anzusehen. Im allgemeinen gelten auch für beide die gleichen Grundsätze. Zum Unterschiede aber von dem gewöhnlichen Abrufsgeschäft, insbesondere dem Ratenlieferungsgeschäfte, ist bei Sukzessivlieferungsverträgen über die Abrufsverpflichtung des Käufers im einzelnen Genaueres gesagt, z. B.: Lieferung hat im Jahre 1929 in Monatsraten zu erfolgen, die jeweilig bis zum Letzten des Monats abzurufen sind, oder: Abzurufen im Januar, Februar, März 1930, Lieferzeit Oktober/März 1911 in monatlichen gleichmäßigen Raten. Es ist dabei im Handel üblich, jede Rate einzeln zu bezahlen. Bisweilen wird auch die Menge der Raten im einzelnen vereinbart, sei es, daß diese gleichmäßig sein oder ein Mindestquantum erreichen müssen.

Die Besonderheiten des Sukzessivlieferungsgeschäfts als Ratengeschäft und Teillieferungsvertrag haben heute im Vergleich zu früher an Bedeutung eingebüßt, da es üblich geworden ist, im Rahmen des ganzen Vertrages jede einzelne Lieferung in ihrer rechtlichen Erheblichkeit als gesondertes und unabhängiges Geschäft anzusehen. Die Folge davon ist, daß wir es infolgedessen nur mit verschiedenen einzelnen Abrufsgeschäften mit einheitlichem Gegenstand zu tun haben. Diese Regelung der Parteien findet sich neuerdings in den meisten Abrufsverträgen größeren Umfangs. So ist im Baum-

[39]) Vgl. Zoebisch, Papierhandelsgebräuche S. 94.
[40]) Vgl. Hellauer, Kaufverträge S. 42.

wollgewerbe bei den Abrufsgeschäften üblich, zu vereinbaren: Jede Teillieferung ist als ein Geschäft für sich anzusehen und demnach hat auch Zahlung Zug um Zug für jede Sendung zu erfolgen[41]). Das hindert aber nicht, daß unter Umständen z.B. bezüglich des Quantums der Einzellieferungen im Zweifel die allgemeinen Grundsätze des Ratenlieferungsgeschäfts in Betracht zu ziehen sind. Von entscheidender Bedeutung kann diese Vereinbarung aber für den Verzug und die Mängelhaftung sein, worauf später noch zurückzukommen ist.

Es sei noch darauf aufmerksam gemacht, daß bei einem Raten- oder Sukzessivlieferungsgeschäft der Abruf im Zweifel nicht nur die Bestimmung der Lieferzeit, sondern naturgemäß auch die des Umfangs der einzelnen Lieferungen einbegreift.

c) Zeit des Abrufs.

Mit dem Abruf ist dem Käufer die Bestimmung der Lieferzeit überlassen. Dieses Recht darf der Käufer nicht in dem Sinne mißbrauchen, daß er den Abruf unentwegt hinausschiebt. Meistens wird das Recht des Käufers im Vertrage ausdrücklich durch eine Vereinbarung einer Frist, innerhalb der er abzurufen hat, begrenzt. Steht das Ende derselben kalendermäßig fest, so ergeben sich für die Auslegung dieser Vertragsbestimmung keine Schwierigkeiten. Unklarheiten entstehen erst dann, wenn eine Frist zwar genannt, diese sich aber kalendermäßig nicht einwandfrei feststellen läßt, z. B. die Wendung „Abzurufen bis Herbst 1930". Bei der Auslegung solcher Zeitbestimmungen sind in erster Linie wieder die Handelsbräuche und die Anschauungen des Verkehrs heranzuziehen. So hat im Schuhwarenhandel im Bezirk der Handelskammer Breslau die Vereinbarung der Lieferung im Herbst die Bedeutung, daß die Lieferung der verkauften Schuhwaren ordnungsmäßig in der zweiten Hälfte des Septembers, spätestens aber im Oktober erfolgen muß. Diese Bestimmung gilt auch dann, wenn dem Verkäufer nicht bekannt gewesen ist, daß der Besteller die Waren zum Feilhalten auf den Herbstjahrmärkten benötigt und bestellt hat. Nach dieser Verkehrsauffassung ist die Ausdehnung der Lieferzeit bis zum kalendermäßigen Ablauf des Herbstes, also bis zum 21. Dezember, nicht zulässig[42]). Oft wird auch schon die bloße Auslegung nach Treu und Glauben den Inhalt des Vertrages als eindeutig erscheinen lassen. So kann z. B. die Lieferung von Christbäumen auf Abruf im Dezember 1929 sich nur bis zum 24. Dezember spätestens erstrecken.

---

[41]) Vgl. Hellauer a. a. O. S. 95 Nr. 34.
[42]) Vgl. Oelrichs, Breslauer Handelsgebräuche, Gutachten Nr. 77 S. 48.

Wird aber im Vertrage überhaupt keine Frist vereinbart, innerhalb der der Käufer abzurufen hat, dann läßt sich generell nicht sagen, bis wann der Abruf zu erfolgen hat; trotzdem sind sich beide Parteien darüber klar, daß ein bis in die Ewigkeit ausgedehntes Abrufsrecht nicht ihrem Willen und dem Sinne des abgeschlossenen Vertrages entspricht. Es haben sich im Handel gewisse Grundsätze herausgebildet, die bei der Auslegung diesbezüglicher Unklarheiten berücksichtigt werden müssen. So gelten im Falle, daß die Parteien schon seit längerer Zeit in Geschäftsverbindung stehen, die früher vereinbarten und geschäftsüblichen Abrufsfristen auch für die späteren Verträge. Liegt keine dauernde Geschäftsverbindung vor, so daß entsprechende Rückschlüsse nicht möglich sind, dann entscheidet der Handelsbrauch. Dieser ist nicht einheitlich festzustellen, sondern in den verschiedenen Geschäftszweigen verschieden. Haben wir es mit Saisonwaren zu tun, so wird die Abrufsfrist meist wesentlich kürzer sein, als bei Nichtsaisonwaren. Bei ersteren wird der Abruf noch vor Ablauf der Saison erfolgen müssen. Die Abrufsfrist wird sich hier also nie über sechs Monate hinausdehnen[43]). Bei Nichtsaisonwaren kann man in der Beziehung nichts allgemein Gültiges sagen. In den Geschäftsbedingungen verschiedenster Handelszweige ist eine Frist von einem Jahr als Höchstgrenze angegeben, so im Drogenhandel[44]), in der Möbelstoffbranche[45]), im Mehlhandel[46]), im Papierhandel[47]), beim Handel mit Spirituosen[48]), Bindfaden[49]), Garn[50]) usw. Eine Frist von sechs Monaten ist üblich beim Handel mit Krawatten[51]), eine solche von einem Monat bei kleinen Posten von Getreide[52]). Eine Frist von länger als einem Jahr ist selten. Sie ist üblich z. B. beim Tabak, wo die Abrufsfrist gewöhnlich fünf Jahre beträgt[53]).

Ist auch ein Handelsbrauch nicht festzustellen, dann muß betreffs der Abrufsfrist der Vertrag im Sinne der Parteien ausgelegt und eine angemessene Zeit angenommen werden. Dabei sind besondere Anhaltspunkte für die Beurteilung: der

---

[43]) Mitteilungen der Handels-Kammer Halle, 1908, S. 86; Hagedorn a. a. O. S. 61 ff. Nr. 25.
[44]) Hagedorn a. a. O. Gutachten Nr. 40.
[45]) Hagedorn a. a. O. Gutachten Nr. 52.
[46]) Hagedorn a. a. O. Gutachten Nr. 56.
[47]) Zoebisch a. a. O. S. 106; Dove-Meyerstein, 1930, GA. 1669 ff.
[48]) Dove-Meyerstein, 1912, S. 193 GA. Nr. 812.
[49]) Dove-Meyerstein a. a. O., 1930, GA. 1645 u. 1653.
[50]) Dove-Meyerstein, 1930, GA. 1653.
[51]) Dove-Meyerstein, 1912, GA. Nr. 802.
[52]) Hagedorn a. a. O. Gutachten Nr. 46.
[53]) Dove-Meyerstein, 1930, GA. Nr. 1679.

Vertragsgegenstand als solcher und seine Zweckbestimmung, aber auch die näheren Umstände. So kann z. B. der Abruf von gekauften Fasanen nicht bis in die Schonzeit ausgedehnt werden, wo der Verkäufer nicht mehr in der Lage ist, frische Fasanen zu liefern. Auch kann bei starken Preisschwankungen ein baldiger Abruf geboten sein, so z. B. bei Kupferkäufen, wo meist innerhalb weniger Tage, höchstens in vier Wochen, abzurufen die Norm ist[54]). Besagt der Parteiwille dagegen etwas anderes, so geht er vor und ist für die Fristbestimmung entscheidend.

Die Handelskammer Berlin hat in einem Gutachten[55]) geäußert: „Bei Abschlüssen, die auf keinen Termin lauten, entspricht ein Abruf innerhalb Monatsfrist dem Regelfall." Eine solche Feststellung ist mit Vorsicht zu behandeln, wie überhaupt auf dem Gebiet des Handelsbrauches allgemein gehaltene Feststellungen nur einen sehr beschränkten Wert haben und selten den Bedürfnissen des Einzelfalles Rechnung tragen können, da sie schnell veralten. Die vom Gesetz gewollte Berücksichtigung der verschiedenen Umstände des Streitfalles nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gestattet meist keine Bezugnahme auf Verallgemeinerungen. Die Auslegung des Parteiwillens und seine Ergänzung durch den Richter nach den §§ 133, 157, 242 BGB. und § 346 HGB. bleiben die alleinigen gesetzlichen Grundlagen bei der Entscheidung des Einzelfalles.

d) Abrufsgeschäft und Spezifikationskauf.

Der Abrufsvertrag hat unverkennbar eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Spezifikationsvertrag im Sinne des § 375 HGB. In beiden Fällen sind dem Käufer besondere Bestimmungsrechte eingeräumt. Das hat einige Autoren[56]) verleitet, den Abrufskauf dem § 375 HGB. zu unterstellen und die Zeitbestimmung als Bestimmung über ähnliche Verhältnisse aufzufassen. Sie sind der Ansicht, daß die Worte „ähnliche Verhältnisse" auch die Bestimmung der Erfüllungszeit mit umfaßten. In neuerer Zeit ist eine solche Ansicht nicht mehr vertreten worden. Sie widerspricht m. E. dem Sinn des Gesetzes. Der § 375 HGB. spricht von ähnlichen Verhältnissen im Anschluß an die Bestimmung über Form und Maß der gekauften Sachen. Form und Maß sind aber Sacheigenschaften

---

[54]) Dove-Meyerstein, 1930, GA. Nr. 1664, 2047.
[55]) Dove-Meyerstein, 1930, GA. Nr. 2053.
[56]) Vgl. Makower Bd. 2 S. 1228; Hohenstein in Gruch. Beitr. Bd. 48 S. 715: „Der Abruf läßt sich dann unter § 375 HGB. subsumieren, wenn ein beiderseitiges Handelsgeschäft in Frage steht".

und dementsprechend können auch mit den „ähnlichen Verhältnissen" nur Sacheigenschaften gemeint sein. Diese Absicht erhellt auch aus der Denkschrift[57]) zu § 375 HGB., wonach in diesem Paragraphen n u r Spezifikationsfragen geregelt werden sollen, im übrigen aber die Gesetzgeber andere Fragen offen lassen wollten.

Trotz der Ähnlichkeit ergeben sich für den Abrufskauf und den Spezifikationskauf erhebliche Unterschiede. Dort ist z. B. der Leistungsinhalt im Gegensatz zu letzterem von Anfang an bestimmt. Das hindert aber nicht, daß oft ein Abrufskauf stillschweigend oder ausdrücklich auch eine Spezifikationsabrede enthält, dann z. B., wenn die Bestimmung gewisser Sacheigenschaften noch offen gelassen ist. Im Zweifel umfaßt dann das Recht des Abrufs auf seiten des Käufers auch sein Recht, die näheren Bestimmungen über Form, Maß oder **ähnliche Verhältnisse vorzunehmen[58]). Das Recht des Abrufs ist hier ähnlich wie beim Sukzessivlieferungsvertrage modifiziert,** wo der Käufer außer dem Recht der Zeitbestimmung auch noch meist den Umfang der einzelnen Lieferungen festzulegen hat. In der rechtlichen Beurteilung sind Abrufs- und Spezifikationsvertrag immer verschieden zu bewerten, z. B. beim Verzug, wo für den Spezifikationskauf § 375 HGB. gilt.

Nicht zu verwechseln mit diesen Verträgen aber sind solche, wo die Bestimmung der Leistungsmenge völlig offen gelassen ist, denn hier haben wir es überhaupt mit keinem eigentlichen Abrufsvertrage zu tun[59]).

IV.

Berechtigt der Abruf den Käufer nur oder verpflichtet er ihn auch?

Im Jahre 1915, als Hagedorn seine Schrift über den Abruf[60]) veröffentlichte, gab es noch zwei sich stark bekämpfende Auffassungen darüber, ob der Abruf ein Recht oder eine Pflicht sei. Auch heute ist dieser Meinungsstreit noch nicht ausgetragen, wenn sich auch die Gegensätze gemildert haben und sich bei den Autoren eine Annäherung an die sich inzwischen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts herausgebildete Ansicht zeigt. Das Reichsgericht nimmt einen ver-

[57]) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs S. 217.
[58]) Vgl. „Recht" 1917 Nr. 1226.
[59]) Vgl. die Ausführungen oben.
[60]) Hagedorn, Der Handelskauf auf Abruf.

mittelnden Standpunkt ein und macht vor allem die Beantwortung dieser Frage von der Lage des einzelnen Falles abhängig. Immerhin zeigen sich auch in seiner Rechtsprechung grundsätzliche Anschauungen, wenn diese auch nicht als solche ausgesprochen werden. Als Grundlage für die einzelnen Entscheidungen hat dem Reichsgericht die Verkehrsauffassung und der Handelsbrauch gedient. Aus dem Umstand, daß der Abruf eine im Gesetz nicht geregelte Materie ist, ergibt sich, daß der Parteiwille und in seiner Ergänzung die Verkehrsauffassung entscheiden müssen, nicht aber, so vorteilhaft es auch wäre, ein prinzipieller, dogmatischer Grundsatz. Die Erörterung einer solchen Möglichkeit könnte erst von praktischer Bedeutung sein, wenn es sich darum handelte, eine gesetzmäßige Festlegung der Abrufsmaterie zu treffen.

Bei der Erörterung der gestellten Frage soll vorerst an Hand der Ansicht des Verfassers das Grundsätzliche hervorgehoben werden, was sich — auf die Verkehrsauffassung und Handelssitte gestützt — aus den Gutachten der Handelskammern und den Entscheidungen der Gerichte ergibt.

Damit, daß die Parteien in dem Abrufsvertrage dem Käufer die Bestimmung der Lieferzeit überlassen, geben sie ihm ein Recht in die Hand[61]). Das Recht ist, wie oben ausgeführt, zeitlich begrenzt, denn es ist ihm, wie der Vertragsinhalt sagt, oder wie es nach Treu und Glauben auszulegen ist, eine Schranke gesetzt. Innerhalb dieser Grenzen hat, wie Kohler[62]) für das Wesen des Rechts ausführt, der Berechtigte die Freiheit, es geltend zu machen oder zu vernachlässigen. Es steht im Belieben des Käufers, den Zeitpunkt der Lieferung festzulegen. Wie das Recht im allgemeinen, so kann auch dieses im besonderen vertraglichen Einschränkungen unterliegen. Außer in zeitlicher Richtung ist das Abrufsgeschäft noch weiter durch die Natur des Vertrages beschränkt. Es ist ausgeführt worden, daß wir es mit einem festen Vertrag, meist Kauf, zu tun haben, der erfüllt werden muß; die Erfüllung bedingt aber eine Vornahme des Abrufs, da ohne diesen der Käufer die Waren zurückweisen kann. Ihm allein steht das Recht zu, die Lieferzeit zu bestimmen. Der Käufer kann deswegen eine eigenmächtige, nicht abgerufene Lieferung des Verkäufers ablehnen, meist auch nach Ablauf der Frist. Es muß der Lieferung der Abruf vorangehen. In dieser Hinsicht hat sich der Handelsbrauch bereits festgelegt[63]). Der

[61]) RG. in „Recht" 1917 Nr. 1226; Staudinger, Komm. zu § 433, I, 1, L 1928.
[62]) Vgl. Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 273.
[63]) Vgl. Hagedorn a. a. O. S. 94 ff., besonders Gutachten 153, 154, 157, 189; Staub a. a. O. Bd. 3, 1926, Vorbemerk. 71 vor § 373.

Käufer hat also bei der Erfüllung durch den Abruf mitzuwirken. Der Abruf stellt sich demnach als eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers im Sinne des § 295 BGB. dar[64]). Der Verkäufer kann weiterhin einen Anspruch auf Vornahme der Mitwirkungshandlung, des Abrufs, haben. Das aber bedeutet eine weitere Einschränkung des Abrufsrechtes.

Der Umstand, daß der Abruf als Mitwirkungshandlung des Käufers, deren Vornahme der Verkäufer zur Bewirkung seiner Leistung verlangen kann, aufzufassen ist, nimmt aber dem Abruf noch nicht ohne weiteres seinen Charakter als Recht. Erst die Tatsache, daß der Käufer die Zeit, innerhalb der er die Freiheit hat, den Abruf nach Belieben vorzunehmen, ungenützt verstreichen ließ, kann, wenn sie eingetreten ist, das Recht zur vorwiegenden Pflicht machen, denn dann hat der Verkäufer einen Anspruch auf sofortige Vornahme des Abrufs. Durch Ablauf der Abrufsfrist hat eben der Käufer sein Recht, die Zeit der Lieferung zu bestimmen, verwirkt. Andererseits bedarf es aber noch der Ausübung des Abrufs, da ohne ihn eine Leistung des Verkäufers als Schuldners nicht denkbar ist. Die Erfüllung ist ja durch Vornahme des Abrufs bedingt. Insoweit ist dem Käufer noch ein Rest des im Abruf liegenden Rechtes geblieben. Das ist aber von keiner Bedeutung, da der Verkäufer jetzt den Abruf auch gegen den Willen des Käufers durchsetzen kann. Aus dem Zweck und Sinn des Vertrages ergibt sich die Pflicht des Käufers, den Abruf, die zur Erfüllung der Verpflichtungen des Verkäufers notwendige Mitwirkungshandlung, nach Ablauf der Abrufsfrist sofort vorzunehmen. Das Wesen einer Pflicht aber besteht darin, daß der andere Vertragsteil einen rechtlichen Anspruch auf ihre Erfüllung hat. Dieser Anspruch kann aber durch Klage geltend gemacht werden, wenn der Schuldner ihm nicht nachkommt. Somit kann der Verkäufer wie auf Abnahme[65]) auch auf Abruf klagen[66]). Diese Klagbarkeit hat das Reichsgericht auch heute in ständiger Rechtsprechung anerkannt[67]) [68]).

---

[64]) So auch das RG. und die einschlägige Literatur; vgl. dazu Soergel, Rechtsprechung, 1913, zu § 295 BGB.

[65]) vgl. RG. Bd. 53 S. 162.

[66]) vgl. auch unten S. 30 ff.

[67]) So RG. Bd. 56 S. 173 ff., Bd. 57 S. 109; Jur. Woch. 1904 S. 58; Staub, Exk. zu § 374 Anm. 167 ff.

[68]) Praktisch wird der Verkäufer meist dann Klage auf Abruf erheben, wenn er nicht sofort auf Abnahme klagen will, weil ihm das untunlich erscheint, so z. B. wenn die Waren noch nicht vorhanden und zur Ablieferung bereit sind.

In dem besonderen Falle des Sukzessivlieferungsgeschäfts mit der Abrede des Abrufs in Teilbeträgen kann aber schon vor Ablauf der Frist der Abruf zu einer Pflicht des Käufers werden; denn hier hat der Verkäufer schon vor Ablauf der gesamten Abrufs- bzw. Lieferungszeit den Anspruch darauf, daß in gewissen Zeiträumen Teilmengen abgenommen werden. Bei einem solchen Kaufvertrage ist schon innerhalb der Abrufsfrist die Abrufsklausel nicht nur Recht des Käufers, sondern auch dessen Pflicht. Der Verkäufer will, daß seine Produktion eine gleichmäßige bleibt und er für längere Zeit liefern kann. Deshalb kann der Verkäufer unter Umständen sogar den Abruf zurückweisen, wenn der Käufer mehrere Monate mit seinem Abruf im Rückstande ist und dann plötzlich ein größeres als das übliche Quantum abfordert. Sonst würde es eine unbillige Belastung des Betriebes des Verkäufers herbeiführen, zu der er nach dem Vertrage nicht verpflichtet ist[69]). Diese Auffassung hat sich als Handelsübung bei verschiedenen Warengattungen bereits so eingeführt, daß nach Gutachten der Handelskammer Magdeburg, die Hagedorn zitiert[70]), dort bereits als üblich festgestellt werden konnte: Im Falle, daß die Abrufsfrist auf eine längere Zeit als zwei Monate vereinbart ist, der Käufer die Waren in monatlichen gleichen Raten abzurufen hat. Zwar hat der Abruf in solchen Fällen noch insofern die Eigenschaft eines Rechts, als der Käufer sich den Zeitpunkt des Abrufs aussuchen kann; da er das aber nur in sehr engen Grenzen und nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten tun darf, so wird dieses Recht derart beschränkt, daß es kaum noch als solches Bedeutung hat und der Abruf auch hier als Pflicht in den Vordergrund tritt.

Der Handelsbrauch kann aber auch noch in anderer Weise das Recht des Abrufs einschränken. Es ist ausgeführt worden, daß nach Ablauf der Abrufsfrist das Abrufsrecht im wesentlichen als Recht zurücktritt und zur Pflicht wird; die in ihm liegende Zeitbestimmung nach Belieben ist nicht mehr ohne weiteres vom Willen des Käufers abhängig, denn der Verkäufer hat jetzt einen Anspruch auf seine Vornahme. Nur ein Bruchteil seines Rechts ist dem Käufer noch geblieben. Dieses restliche Recht ist aber in seiner Bedeutung dann ganz hinfällig, wenn die Abrufsfrist als Ausschlußfrist gedacht ist. Denn dann besteht für den Käufer neben dem Recht auch die Pflicht, spätestens am letzten Termin abzurufen. Neuerdings haben die Gerichte einen derartigen Handelsgebrauch anerkannt, so z. B. beim Orangenhandel mit Italien und

[69]) Vgl. RG. Bd. 96 S. 128.
[70]) Vgl. Hagedorn a. a. O. S. 22 Anm. 40.

Spanien[71]). Eine solche Auffassung ist in diesen besonderen Fällen nur als recht und billig anzusehen. Es wird sich da meist um Termingeschäfte mit fixgeschäftähnlichem Charakter handeln; d. h. die Erfüllungszeit ist in diesen Fällen so wichtig, daß nach Ablauf der Abrufsfrist dem Verkäufer die Lieferung nicht mehr zugemutet werden kann. Das Reichsgericht hat diese Möglichkeit in häufigen Entscheidungen anerkannt[72]). Über die rechtlichen Folgen dieser Auffassung wird des näheren beim Verzuge zu sprechen sein. Für das Recht des Abrufs besagt die Vereinbarung einer Ausschlußfrist aber, daß das Recht erloschen ist. Wenn in anderen Fällen der Käufer auch noch unmittelbar nach Ablauf der Frist zum Abruf berechtigt ist — ohne daß ihm entgegengehalten werden kann, der Abruf sei verspätet —, ist hier das Recht verloren gegangen. Den Käufer trifft in dem Fall die Pflicht zur pünktlichen Einhaltung der Abrufsfrist.

Zusammenfassend läßt sich zu der Frage des Abrufs als Recht oder Pflicht sagen:

Die Bestimmung — auf Abruf — begründet zunächst nur das Recht des Käufers, den Lieferzeitpunkt zu bestimmen — bei einem Sukzessiv-Lieferungsvertrage im Zweifel auch das Recht, den Umfang der einzelnen Lieferungen zu bestimmen, und bei einem Spezifikationskauf im Sinne des § 375 HGB., ferner das Recht, über „Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse", soweit noch nötig, zu bestimmen. — Sein Bestimmungsrecht darf der Käufer nicht mißbrauchen, sondern er muß dabei gemäß § 242 BGB. nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verfahren. Insofern kann dem Abrufsrecht, wenn der Käufer ohne den Abruf nicht erfüllen kann — was der Regel entspricht —, eine Abrufspflicht entsprechen. Die Geltendmachung derselben aber hängt von den Umständen ab. In der Regel wird das erst nach Ablauf der Abrufsfrist gegeben sein, in den Fällen des Sukzessivlieferungsvertrages und des Abrufsvertrages mit Fixgeschäftscharakter meist schon eher anzunehmen sein.

[71]) Vgl. Rechtsprechung der OLG. Bd. 28 S. 378.
[72]) Vgl. Jur. Woch. 1919 S. 499; Warneyers Entsch., Ergänzungsband: die Rechtsprechung des Reichsger., 1916, Nr. 221.

Das Reichsgericht hat sich bisher in seiner Stellung zu der Frage, ob der Abruf ein Recht oder eine Pflicht sei, nicht prinzipiell geäußert. Es bejaht unbedingt den Charakter des Abrufs als Mitwirkungshandlung im Sinne des § 295 BGB. Es verneinte aber grundsätzlich früher die Möglichkeit, in dem Abruf auch nur nach Ablauf der Abrufsfrist eine Pflicht zu sehen. In Seufferts Archiv Bd. 63 S. 9 nennt es zwar den Abruf in der Regel eine Pflicht, wenige Jahre später aber in „Recht" 1907 Nr. 566, ebenso wie früher schon in Seufferts Archiv Bd. 62 S. 133 sieht es den Abruf als bloßes Recht an. In der weiteren Rechtsprechung[73]) wird wiederum die Möglichkeit des Abrufs als Pflicht betont. Dem hat sich dann die Praxis bis zur jüngsten Rechtsprechung angeschlossen.

In der Literatur ist man sich über den Charakter des Abrufs in der zur Erörterung stehenden Hinsicht nicht einig. Die Frage wird meist nur kurz aufgeworfen und dementsprechend beantwortet. Es lassen sich etwa drei Hauptrichtungen erkennen:

Zander[74]) und Freudenthal[75]) ihnen im wesentlichen folgend, Düringer-Hachenburg[76]) und andeutungsweise Planck[77]) sehen im Abruf vorwiegend ein zeitlich beschränktes Recht.

Hagedorn[78]) nennt den Abruf immer Pflicht des Käufers, und zwar regelmäßig eine Hauptpflicht.

Enneccerus[79]), v. Staudinger[80]), Oertmann[81]) und Staub[82]) sehen im Abruf einen zur Bewirkung der Leistung des Schuldners erforderliche Mitwirkungshandlung im Sinne des § 295 BGB., eine Handlung, die entweder immer oder doch in der Regel Pflicht des Käufers ist.

Die prinzipiellen Auffassungen, wie sie von den ersten beiden Richtungen (Zander und Hagedorn) verfochten werden, tragen der Mannigfaltigkeit der Abrufsverträge und den verschiedenen Umständen, unter denen sie geschlossen und durch die sie in ihrer Auslegung beeinflußt werden, nicht Rechnung. Es ist versucht worden, bei der hier vertretenen Auffassung die praktischen Möglichkeiten, wie sie vorkommen, für die Beurteilung in den Vordergrund zu stellen und in ihrer Verschiedenheit aufzuführen.

---

[73]) Vgl. RG. Bd. 56 S. 177, Bd. 57 S. 109, Bd. 53 S. 465.
[74]) Gruch. Beitr. Bd. 52 S. 304 ff., 324 u. 329.
[75]) a. a. O. S. 28, 35.
[76]) Düringer-Hachenburg Bd. III S. 18, 70.
[77]) Planck, Komm. Bd. II, 1, 1914, Vorbem. 2b vor § 293.
[78]) a. a. O. S. 23 ff.
[79]) a. a. O. Bd. 1, 1922, Abtl. II S. 168.
[80]) Staudinger a. a. O. Bd. II, 1, 1928, § 293 Anm. 3.
[81]) a. a. O. 2. Buch Teil 1, 1928, Anm. 3e zu § 326.
[82]) a. a. O. Exk. § 373 Vorbem. 71, § 359 Anh. 5, § 374 Anh. 167, Bd. 3, 1926.

Aus ihnen geht hervor, daß eine prinzipielle dogmatische Lösung dem Wesen des Abrufs und dem in ihm liegenden, oft sehr verschiedenen Willen der Parteien nicht gerecht werden kann. Eine solche könnte erst Bedeutung gewinnen, wenn man an eine Kodifizierung der mit dem Abruf verbundenen Materien ginge. Dann hätte die Zander'sche Ansicht viel für sich. Sie scheint m. E. dem einfachen Rechtsgefühl am nächsten zu kommen. Er läßt das Abrufsrecht mit dem Ablauf der vereinbarten oder handelsüblichen Frist in der Regel untergehen und will den Kauf hernach wie einen gewöhnlichen Kauf mit der im Zweifel sofort eintretender Fälligkeit angesehen wissen. Der Verkäufer kann also bei ihm nunmehr, ohne noch auf einen Abruf zu warten, die Ware „andienen".

So vorteilhaft und einfach die gesetzliche Festlegung dieser Auffassung dem Verfasser erscheint, so wenig entspricht sie heute der Auffassung des Handels. Ihre Bedeutung ist in praktischer Hinsicht daher gering. Die zuletzt erwähnte Ansicht von Enneccerus usw. ist die herrschende und deckt sich im Resultat im wesentlichen mit der vom Verfasser vertretenen Auffassung. Im einzelnen finden sich zwar bei den Autoren in ihren Gedankengängen Abweichungen voneinander. Im Prinzip sind sich aber alle einig, daß eine generelle Beantwortung der Frage nicht möglich ist und daß der Abruf außer einem Recht auch eine Pflicht sein kann.

V.

Abrufs- und Abnahmepflicht.

Durch die Annahme, daß der Abruf im Regelfall den Käufer auch verpflichtet, erweitert sich dessen Leistungs- und Pflichtenkreis als Schuldner, denn nach dem Gesetz, § 433 Abs. 2, ist der Käufer nur zur Bezahlung des Kaufpreises und zur Abnahme der Waren verpflichtet. Im Abrufsvertrage kommt die Abrufspflicht dazu. Wie verhält sich diese zur Abnahmepflicht? Ist Abnahme nicht etwa der umfassendere Begriff, der den Abruf in sich einbeschließt?

Düringer-Hachenburg[83]) bejaht diese Fragestellung. Nach seiner Ansicht hat der § 433 Abs. 2 beim Kauf auf Abruf einen größeren Umfang, als beim Kauf ohne solche Klausel, denn der Käufer könne seiner Abnahmepflicht nur genügen, wenn er die Lieferung durch den Abruf ermögliche. Er komme

[83]) Vgl. a. a. O. Bd. 3 S. 70.

aber schon dann in Abnahmeverzug, wenn er mit dem Abruf in Verzug gerate. Da der Abruf aber eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers im Sinne von § 295 BGB. sei, so habe der Verzug mit der Annahme notwendig den Verzug mit der Abnahme zur Folge.

Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Die Abnahme ist als eine rein tatsächliche Handlung aufzufassen, sie besteht lediglich in der körperlichen Wegnahme der gekauften Sachen[84]). Es handelt sich bei ihr nicht um einen Übergang von Rechten, sondern nur um die Übertragung des unmittelbaren Besitzes, d. h. sie verschafft dem Käufer nur die tatsächliche Herrschaft über die Sachen. Dadurch, daß das Gesetz der Übergabe der Sache durch den Verkäufer die Abnahme durch den Käufer entgegenstellt, wollte es sagen, daß mit Abnahme nur ein der Übergabe entsprechender, rein physischer Akt des Wegschaffens der vom Verkäufer gehörig angebotenen Kaufsache gemeint sei[85]).

Dieser Auffassung steht auch nicht entgegen, daß sich durch die Übergabe der Verkäufer gleichzeitig von seiner Leistungspflicht befreit. Die Übergabe bedingt notwendigerweise diese rechtliche Wirkung. Sie bleibt deswegen doch ein rein physischer Vorgang, ein Realakt, der seiner Natur nach eine Rechtsfolge mit sich bringt.

Auch in den Protokollen BGB.[86]) hat die II. Kommission den Standpunkt vertreten, daß Abnahme dem „Begriff der tatsächlichen Wegnahme" entspräche. Unter diesem Akt aber läßt sich der Abruf nicht einbegreifen. Im Gegensatz zu dem tatsächlichen Akt der Wegnahme ist er eine Mitwirkungshandlung rechtsgestaltender Natur. Daß die Abnahme nicht den Abruf mit umfassen könne, erhellt auch in der zeitlichen Aufeinanderfolge beider. Erst wird abgerufen, dann angeboten und hernach erst kann die Abnahme erfolgen. Ein Käufer kann also abrufen, genügt damit aber seiner Abrufspflicht, braucht darauf aber nicht abzunehmen. Dieser Umstand zeigt deutlich die praktische Verschiedenheit von Abruf und Abnahme. Wir haben es mit zwei voneinander zu trennenden Käuferpflichten zu tun. Einer solchen Auffassung steht auch das Gesetz nicht entgegen, das nur von der Abnahmepflicht spricht, denn im Recht der Schuldverhältnisse herrscht der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Es können deswegen die Pflichten der Parteien vertragsgemäß beliebig erweitert werden.

---

[84]) Vgl. Reichsger. Bd. 53 S. 162.
[85]) Vgl. Reichsger. Bd. 57 S. 108; Planck Bd. 2, 2 Anm. 7 zu § 433.
[86]) S. 17.

Daß der Abruf nicht unter den Begriff der Abnahme fällt, ist auch die herrschende Ansicht in der heutigen Literatur[87]).

Der Käufer kann also, wenn er den Abruf als Mitwirkungshandlung unterläßt und der Verkäufer die Kaufsache anbietet, nach § 295 BGB. in Annahmeverzug bzw. Gläubigerverzug geraten, nicht aber ohne weiteres in Abnahmeverzug. Darüber wird weiter unten noch zu reden sein.

Es muß noch erwähnt werden, daß in der Sprache des Handelsverkehrs allerdings oft der Abnahmebegriff auch auf Zeit und Ortsbestimmung, dem ersteren entsprechend, also auch auf Abruf erweitert wird. Das kann aber den rechtlichen Begriff[88]) der Abnahme nicht ändern und der Abruf bleibt deswegen doch eine besondere Verpflichtung[89]). Es liegt hier einer der Fälle vor, wo die Sprache der Verkehrswelt mit der Rechtssprache nicht in Einklang steht.

VI.

Vertragsverletzungen.

Vertragsverletzungen können im Rahmen dieser Arbeit nur soweit interessieren, als sich für den Abrufsvertrag Abweichungen von den gewöhnlichen Verträgen ergeben. Der wichtigste Mangel in dieser Richtung ist zweifellos der Verzug mit dem Abrufe. Auf ihn soll deswegen im nächsten Abschnitt besonders eingegangen werden.

Der Abrufsvertrag läßt außerdem besondere Möglichkeiten der positiven Vertragsverletzungen offen. Im Zusammenhang mit dem Abruf lassen sich die verschiedensten Fälle der positiven Vertragsverletzung denken, ohne daß dabei der nichtvertragsmäßige Abruf sofort als unwirksam angesehen werden müßte. Wann letzteres anzunehmen ist, hängt von den Umständen ab. Als entscheidend ist anzusehen, ob auch der vertragsmäßige Abruf nicht Erfolg gehabt hätte. Es kommen häufig folgende für den Abrufsvertrag charakteristische Vertragsverletzungen vor:

Der Käufer fordert schuldhaft Teilleistungen in ungebührlich schneller Folge ab, oder er nimmt beim Abruf eine Mengeneinteilung vor, die in ihrer Art unbillig ist und den

---

[87]) Vgl. Staub a. a. O. Exk. vor § 373 Anm. 71; Staudinger a. a. O. Bd. 2, 2 zu Anm. § 433, IX. 2 e a, αα. 1928; Hohenstein in Gruch. Beitr. Bd. 48 S. 715; Enneccerus Bd. 1, 2 § 280, II S. 168; Komm. der RGR. (Lobe) Bd. 2 § 433 Anm. 8, 1, 1928.

[88]) Vgl. Sohm in Syst. Rechtsw. S. 17.

[89]) Vgl. Reichsger. Bd. 57, S. 108.

Verkäufer schädigen muß. Auch kommt der Fall vor, daß der Käufer dem Verkäufer die Vorteile, die dieser für sich zu ziehen ein Recht hat, durch verspäteten Abruf schmälert[90]). Ferner läßt sich auch der Fall, daß der Verkäufer den Abruf ernstlich und dauernd verweigert, als positive Vertragsverletzung ansehen[91]).

Bei den aufgezählten Möglichkeiten ist aber noch nicht immer gesagt, daß nun immer im Falle ihres Vorliegens auch eine positive Vertragsverletzung im Sinne Staubs[92]) und des Reichsgerichts[93]) anzunehmen ist. Der einzelne Fall kann immer auch eine andere Beurteilung zulassen. Entscheidend muß dann die nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfolgende Auslegung des Einzelfalles sein.

Dem Verkäufer stehen im Falle des Vorliegens der Vertragsverletzung die auch sonst gegebenen Rechte, sich schadlos zu halten, zu. Vor allem kann er die Rechte aus §§ 280, 286 bzw. 326 BGB. geltend machen. Das Reichsgericht[94]) erleichtert dem Verletzten insofern die Geltendmachung seiner Schadensansprüche, als es die unmittelbare Anwendung des § 276 BGB. in solchen Fällen zuläßt. Dadurch hat der Verletzte die Möglichkeit, ohne Fristsetzung und Mahnung zum Schadensersatz zu kommen bzw. vom Vertrage zurückzutreten[95]).

Auf die hier auch gegebene Möglichkeit des einfachen Vertragsrücktritts muß besonders aufmerksam gemacht werden, da ein solcher auf dem Wege über den Verzug, wie unten ausgeführt worden ist[96]), auf Schwierigkeiten stoßen kann, in gewissen Fällen sogar zu verneinen ist. In vielen Fällen aber ist es dem Verkäufer allein um den Rücktritt zu tun. Denn es handelt sich ja gerade in solchen Fällen meist um unzuverlässige Kunden, von denen Schadensersatz zu fordern nur Kosten verursachen würde, ohne etwas einzubringen.

Die Behandlung der Unmöglichkeit beim Abrufskauf weist keine Besonderheiten auf. Doch sei darauf hingewiesen, daß in Fällen, wo infolge verspäteten Abrufs der Verkäufer bei Ratenlieferungen seine Lieferfrist nicht einhalten kann, oft die Sachlage nicht, wie der Käufer meist bestrebt sein wird, nach Analogie des Verzuges, sondern nach der der Unmöglichkeit zu behandeln ist.

---

[90]) So die Handelskammer Berlin in ihren Mitteilungen 1913 S. 214.
[91]) Vgl. Seuff. Arch. 72 S. 147.
[92]) Vgl. Staub a. a. O. Bd. 3 § 433 Anh. Anm. 174, 1926.
[93]) Vgl. Reichsger. Bd. 64 S. 421, Bd. 106 S. 25.
[94]) Reichsger. Bd. 106 S. 25, Bd. 104 S. 16, 28, 41, 278.
[95]) Vgl. über die Folgen im weiteren noch S. 50 ff.
[96]) Vgl. S. 45 ff.

VII.

Der Verzug des Käufers.

Was den Verzug anbetrifft, so kann eine Erörterung in dieser Arbeit nur insoweit in Betracht kommen, als er in Verbindung mit dem Abruf Bedeutung hat. Eine solche liegt nur dann vor, wenn der Abruf vom Käufer nicht vorgenommen worden ist. Die Rechte aus dem Verzug des Verkäufers und der Verzug des Käufers mit der Zahlung oder der Annahme der Leistung nach erfolgtem Abruf bestimmen sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

Es ist heute allgemein anerkannt, daß unter der Nichtannahme, die nach § 293 BGB. Gläubigerverzug herbeiführt, nicht nur die Fälle verstanden werden, in denen der Gläubiger seine Mitwirkung zur Erfüllung lediglich durch Verweigerung der eigentlichen Annahme, d. h. der Entgegennahme der Waren, ablehnt, sondern auch die, in denen der Gläubiger es unterläßt, durch seine Mitwirkung die Bedingungen zu setzen, die erfüllt sein müssen, damit die Leistung in obligationsmäßiger Weise erfolgen kann[97]). Daß der Abruf als eine solche die Erfüllung bzw. die Annahme bedingende Mitwirkungshandlung des Gläubigers im Sinne von § 295 BGB., wie oben ausgeführt, anzusehen ist, seine Unterlassung dementsprechend Gläubigerverzug mit sich bringt, und zwar unabhängig vom Verschulden, dürfte keinem Zweifel mehr begegnen. Uneinig ist man sich aber noch darüber, inwieweit der unterlassene Abruf Schuldnerverzug des Käufers herbeiführen kann. Diejenigen, die den Abruf als bloßes Recht ansehen, können hier überhaupt keinen Schuldnerverzug konstruieren, außer sie unterstellen den Abruf der Abnahme. Die herrschende Meinung, die sich zum Pflichtcharakter des Abrufs bekennt, muß zwar die Möglichkeit des Schuldnerverzuges beim unterbliebenen Abruf bejahen, ist sich jedoch bezüglich der Verzugsfolgen nicht einig.

a) Gläubigerverzug.

Der Gläubigerverzug mit dem Abruf setzt viererlei voraus:

1. Ablauf der Abrufsfrist,
2. die mangelnde Mitwirkung des Käufers an der Erfüllung des Vertrages, d. h. hier den unterbliebenen Abruf,

[97]) Vgl. Kohler, Archiv für Bürg. Recht Bd. 13 S. 183, Lehrbuch Bd. 2 § 74, II, 2; Rosenberg in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 142.

3. das wörtliche Angebot der Leistung durch den Verkäufer, § 295, 2 BGB.

   Ein solches genügt, da der Abruf als Mitwirkungshandlung des Gläubigers das in § 293 BGB. geforderte Realangebot gemäß § 295 BGB. überflüssig macht und an die Stelle des wörtlichen Angebots die Aufforderung zur Leistung treten kann. Auch ein Verbalangebot ist nicht erforderlich, wenn eine kalendermäßige Abrufsfrist vereinbart worden ist.

4. Die Lieferbereitschaft auf seiten des Verkäufers.

Zu 1 und 2.

Bisher ist in der Spezialliteratur[98]) der Standpunkt vertreten worden, zum Gläubigerverzug beim Kauf auf Abruf ist Fälligkeit der Leistung des Schuldners bzw. der Ansprüche des Gläubigers zu verlangen. M. E. läßt sich diese Forderung nicht aufrechterhalten.

Fälligkeit der Leistung tritt beim Abrufskauf im Regelfalle erst mit der Vornahme des Abrufs ein, denn fällig ist eine Leistung, wenn der Augenblick eingetreten ist, in dem die Leistung nach Gesetz oder Vertrag zu bewirken ist[99]). Vorher besteht zwar der Anspruch als solcher, aber erst nach erfolgtem Abruf kann er geltend gemacht und Leistung verlangt werden. Auch mit Ablauf der Abrufsfrist ändert sich daran nichts, wenn auch der Verkäufer jetzt einen Anspruch auf sofortige Vornahme des Abrufs hat, der Abruf zur Pflicht geworden ist, so ist er doch andererseits noch notwendig, denn ohne Abruf kann der Verkäufer auch jetzt nicht leisten, da für den Käufer immer die Möglichkeit besteht, bei fehlendem Abruf die Lieferung zurückzuweisen. Die Fälligkeit wird allemal erst durch den Abruf herbeigeführt. Hagedorn stellt die Forderung der Fälligkeit auf[100]), ohne im einzelnen zu sagen, wann er diese eintreten läßt. Es läßt sich aber aus seinen Ausführungen entnehmen, daß auch er die Fälligkeit erst mit dem Abruf entstehen lassen will, denn er steht auch auf dem Standpunkt, daß das Vorliegen des Abrufs noch nach Ablauf der Abrufsfrist erforderlich ist, um eine wirksame Leistung des Käufers als Schuldners zu begründen. Lediglich Zander[101]) beschäftigt sich mit dieser Frage näher. Er als einziger braucht sich m. E. dabei nicht zu widersprechen,

[98]) Vgl. Hagedorn a. a. O. S. 34.; Freudenthal a. a. O. S. 16 ff.
[99]) Vgl. Staub a. a. O. Anh. zu § 359 Anm. 7; Simeon-David Bd. I Erster Teil S. 315.
[100]) Hagedorn a. a. O. S. 34.
[101]) Zander a. a. O. S. 325 ff.

wenn er im Falle des unterbliebenen Abrufs[102]) den Eintritt der Fälligkeit mit Ablauf der Abrufsfrist annimmt, denn er sieht ja im Abruf ein bloßes Recht, das nach Ablauf untergeht. Diejenigen aber wie Hagedorn, die den Abruf als Pflicht des Käufers weiterbestehen lassen und die Möglichkeit und Bewirkung der Leistung von dem erfolgten Abruf abhängig sein lassen, widersprechen sich m. E. dadurch, daß sie Fälligkeit für den Gläubigerverzug verlangen, andererseits aber die Vornahme der Leistung durch den Verkäufer von dem erforderlichen Abruf, der erst den Lieferzeitpunkt bestimmt, noch bedingt sein lassen; d. h. damit geben sie dem Käufer das Recht, eine Leistung des Verkäufers, die vor dem Abruf, aber nach Ablauf der Abrufsfrist erfolgt, noch zurückzuweisen. Sie lehnen damit die Befugnisse des Verkäufers, vor Abruf zu leisten, ab, verneinen somit bei fehlendem Abruf auch noch nach Ablauf der Abrufsfrist die Fälligkeit der Leistung. Das Erfordernis der Fälligkeit wird für den Gläubigerverzug deswegen nicht aufrechtzuerhalten sein. Denn die Ansicht von Hagedorn bedeutet, daß man die Folgen einer Handlung, nämlich die Fälligkeit, die erst nach dem Abruf eintritt, zur Voraussetzung macht für eine Rechtswirkung, den Gläubigerverzug, die sich gleichzeitig auf das Fehlen der Handlung, des Abrufs, als fehlende Mitwirkungshandlung stützt. Darin aber ist ein Widerspruch zu erblicken. Im allgemeinen darf der Schuldner leisten, sobald die Forderung entstanden ist, im Zweifel auch vor der Fälligkeit (§ 271 BGB.). Das ist auch in der Regel für den Fall anzunehmen, daß eine Leistungszeit vereinbart worden ist. Denn im allgemeinen hat diese nur den Sinn, der Gläubiger-Käufer soll die Leistung nicht vor dem Zeitpunkt fordern dürfen. Gegen eine willkürliche Lieferung ist jedoch der Käufer nach § 299 BGB. geschützt, wonach der Gläubiger nicht dadurch in Verzug gerät, daß er vorübergehend an der „Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist". Anders ist aber die Lage, wenn die Zeitbestimmung zugleich den Vorteil des Gläubiger-Käufers bezweckt. Hier darf der Schuldner in der Regel nicht vor dem gesetzten Termine leisten. Mit einem solchen Fall haben wir es aber beim Kauf auf Abruf zu tun. Meist wird bei ihm sogar der Vorteil des Gläubiger-Käufers überwiegen. Da aber der Verkäufer die Leistung beim Kauf auf Abruf nicht eher anbieten kann, als zu dem Zeitpunkt, wo er auch tatsächlich leisten durfte, ist der Zeitpunkt der Fälligkeit hier für den Eintritt des Gläubigerverzuges Vorbedingung.

[102]) Im gewöhnlichen Fall, nämlich, daß der Abruf rechtzeitig vorgenommen wird, entsteht die Fälligkeit ja mit dem Abruf. Ist er erfolgt, ist die Leistung möglich.

Soweit deckt sich auch die Ansicht des Verfassers mit der Hagedorn'schen, die aus vorgenanntem Gesichtspunkt Fälligkeit fordert. Dieser muß aber eine Einschränkung erfahren, wenn nämlich der Abruf über die ausdrückliche oder aus dem Handelsbrauch herzuleitende Abrufsfrist hinaus unterblieben ist. Und das ist auch der in der Praxis vorwiegende Fall, wo dem Verkäufer daran liegt, den Käufer in Gläubigerverzug zu bringen, und wo ihm das allein möglich ist. In diesem Falle nämlich verändert sich der Charakter des Vertrages. Was bis zum Ablauf der Abrufsfrist ausschließlich ein Recht des Käufers war, nämlich die Vornahme des Abrufs nach zeitlichem Belieben, ist jetzt zu einer Handlung geworden, die der Verkäufer verlangen kann, um ihm seine Leistung zu ermöglichen. Und zwar hat der Verkäufer jetzt den Anspruch, gegen den Käufer auf sofortige Vornahme des Abrufs. Dem Käufer ist damit aber der Vorteil aus der ihm zustehenden Bestimmung der Lieferzeit, den er vor Fristablauf noch hatte, verloren gegangen, damit aber auch der Grund, dessentwegen ein Angebot vor der Fälligkeit der Leistung als unzulässig anzusprechen ist. Der Verkäufer kann vielmehr nach Ablauf der Abrufspflicht ohne weiteres anbieten bzw. den Käufer zum Abruf nach § 295 BGB. auffordern, um Gläubigerverzug des Käufers herbeizuführen[103]). Oft wird auch das nicht erforderlich sein, dann nämlich, wenn sich der Fristablauf kalendermäßig feststellen läßt; der Gläubiger-Käufer kommt dann nach § 296 BGB. ohne weiteres in Gläubigerverzug. Zeitlich ist mit dem Fristablauf den Voraussetzungen des Verzuges Genüge getan. Der Käufer kann den Gläubigerverzug soweit nur durch sofortigen Abruf umgehen.

Wohl aber ergibt sich aus obigen Darlegungen, daß die Abrufsfrist verstrichen sein muß, um Gläubigerverzug herbeizuführen. Es wäre falsch, hier von einer Fälligkeit des Abrufs zu sprechen, wobei diese jedoch nicht mit der allgemeinen Fälligkeit der Leistung bzw. der Ansprüche zu verwechseln ist. Die Bezeichnung „Fälligkeit des Abrufs" ist insofern hier nicht am Platze und kann zu Unklarheiten führen, als der Abruf ja als eine Pflicht in erster Linie eine Schuldnerleistung des Käufers ist. Beim Gläubigerverzug des Käufers lautet ja die Fragestellung, ob die Leistung des Schuldner-Verkäufers hier fällig sein muß. Auf die dem Käufer als Schuldner obliegende Leistung kommt es zur Feststellung seines Gläubigerverzuges dabei nicht an. Das gehört unter das Kapitel des Schuldnerverzuges. An Stelle des Ausdrucks der „Fälligkeit des Abrufes" als Erfordernis für den Gläubigerverzug des

[103]) OLG. 16 S. 386.

Käufers ist es daher richtig, nur von dem **Ablauf der Abrufsfrist** als Voraussetzung des Gläubigerverzuges zu reden.

Zu 3.

Um den Gläubigerverzug herbeizuführen, stellt für den Regelfall § 293 BGB. das Erfordernis eines Realangebotes der gekauften Waren auf. Das Angebot kann mit der Mahnung beim Schuldnerverzuge verglichen werden. Der § 293 BGB. bezieht sich auf alle Fälle, in welchen der Gläubiger, um die Bewirkung der Leistung zu ermöglichen, keine andere Tätigkeit als das bloße Annehmen zu entfalten braucht[104]). Eine besondere Regelung stellt der § 295 BGB. dar für die Fälle, daß der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, er werde nicht annehmen, oder daß eine Handlung des Gläubigers notwendig ist, damit der Schuldner die Leistung bewirken kann. Als eine solche ist der Abruf anzusehen, denn er ist ja die Voraussetzung einer wirksamen Leistung des Schuldners. Für diese Fälle genügt ein wörtliches Angebot der Kaufsache. Er wird damit dem Prinzip gerecht, daß der Schuldner alles getan haben muß, was er ohne die Mitwirkung des Gläubigers tun kann, um seine Verpflichtungen zu erfüllen. Da ohne die Mitwirkungshandlung des Gläubigers, hier also des Abrufs, kein wirksames tatsächliches Angebot erfolgen kann, genügt die Erklärung des Schuldners, er sei leistungsbereit. Damit hat er alles getan, was er tun kann.

Im § 295 BGB. gibt das Gesetz weiter dem Schuldner die Möglichkeit, das wörtliche Angebot durch die Aufforderung zur Vornahme der Mitwirkungshandlung zu ersetzen, denn in der Aufforderung liegt gleichzeitig die Erklärung des Schuldners, er sei zu leisten bereit. Die Aufforderung wird im allgemeinen auch für den Verkäufer ratsamer sein[105]). Er kommt dann um die ganze Frage der Fälligkeit der Leistung herum. Es genügt dann, daß der Käufer den Abruf nicht innerhalb der ihm gestellten Frist vorgenommen hat und dieselbe nach dem Vertrage jetzt sofort vornehmen muß. In der Praxis wird auch allgemein nicht die Leistung angeboten, sondern zum Abruf aufgefordert[106]).

Das Entstehen des Gläubigerverzuges wird in dem besonderen Falle, daß die Abrufsfrist kalendermäßig begrenzt ist, erleichtert. Es gilt dann § 296 BGB. Der Gläubiger kommt

---

[104]) Vgl. Staudinger, Komm. zu § 294 BGB. Anm. 1.

[105]) Vgl. RG. in Leipz. Zeitung, 1910, S. 462 Nr. 11; Staub, Komm. Anh. zu § 359 HGB. Anm. 7 zu § 374 Anh. Anm. 8, 9, zu § 373 Anh. Anm. 13 Bd. III, 1921.

[106]) Vgl. Jur. Woch. 1904 S. 168, 8, 90; Seufferts Archiv Bd. 62 S. 130; RG. Bd. 43 S. 104.

dann ohne Hinzutun des Verkäufers bei Nichtvornahme des Abrufs in Gläubigerverzug[107]). Den Verkäufer trifft dabei lediglich die Verpflichtung, leistungsbereit zu sein, d. h. die gekauften Waren zur Lieferung bereit zu halten (§ 297 BGB.).

Zu 4.

Das Gesetz zählt zwar unter den notwendigen Voraussetzungen des Gläubigerverzuges nicht die Leistungsbereitschaft auf. Trotzdem ist sie als erforderlich anzusehen. Ein Realangebot läßt sich nicht ohne Leistungsbereitschaft denken. Aber auch ein Verbalangebot bzw. die Aufforderung zur Vornahme der Mitwirkungshandlung erfordert Leistungsbereitschaft, da im Falle, daß eine solche nicht vorhanden ist, der Gläubiger nach § 297 BGB. nicht in Verzug kommen kann. Das ist auch nur recht und billig. Es soll verhindert werden, daß der Käufer nicht in Gläubigerverzug kommt wegen einer Leistung, die für den Schuldner nicht verwirklichbar ist[108]). Die Leistungsbereitschaft ist deswegen doch als indirekte und notwendige Voraussetzung für den Gläubigerverzug anzusprechen. Der Unterschied zwischen dieser und den sonstigen Voraussetzungen besteht lediglich in der Beweislastfrage. Den Gläubigerkäufer trifft nämlich die Beweislast für die Behauptung, daß der Verkäufer zur Zeit des Angebots der Waren zu deren Lieferung nicht imstande ist[109]). Diese Regelung soll nach den Protokollen lediglich der Möglichkeit schikanösen Bestreitens der Leistungsbereitschaft durch den Gläubiger entgegentreten[110]). Die Vorschrift des § 297 BGB. bringt es allerdings mit sich, daß der Schuldner auch ein bloßes Scheinangebot machen kann. Der Gläubiger muß sich dagegen schützen dadurch, daß er die Nichtbereitschaft des Verkäufers nachweist.

Der Schuldner ist leistungsbereit, wenn er sich in der Lage hält, jederzeit innerhalb der Lieferfrist[111]) die Waren anzufertigen oder sie sich zu verschaffen[112]). Vor allem muß zu dem Zeitpunkt, zu dem der Käufer-Gläubiger spätestens mit seiner Mitwirkungshandlung tätig werden muß, seine Leistung parat liegen, unter Umständen also alles, womit der Käufer-Gläubiger noch im Rückstande ist.

---

[107]) Vgl. „Recht" 1903 Nr. 1811.
[108]) Vgl. Staudinger, Komm. zu § 297 BGB. Anm. 1 S. 211 Aufl. 1912); RG. Bd. 103 S. 15.
[109]) Vgl. „Recht" 1921 Nr. 1312.
[110]) Prot. I, 329.
[111]) Vgl. S. 43.
[112]) Vgl. RG. Bd. 56 S. 176; Jur. Woch. 1905 S. 78 Nr. 15; Zander a. a. O. S. 327; Hagedorn a. a. O. S. 34.

Das Gesetz drückt die erforderliche Leistungsbereitschaft negativ aus und verlangt für den Gläubigerverzug, daß der Käufer nicht zur Leistung außerstande ist. Unter „außerstande sein" aber ist mangelndes Leistungsvermögen des Schuldners zu verstehen, nicht etwa nur die objektive Unmöglichkeit, sondern die subjektive wie objektive. Daß in erster Linie auch das subjektive Unvermögen darunter zu verstehen ist, ist allgemein anerkannt. Die subjektive Fassung des Gesetzes spricht auch einseitig dafür[113]).

Was zur Leistungsbereitschaft gehört, hängt vom Einzelfalle ab, insbesondere von dem Umstande, wie weit der Schuldner zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung ohne Mitwirkung des Gläubigers tätig werden kann. Hat mit dem Abruf eine Spezifikation einherzugehen, so wird man von dem Schuldner-Verkäufer weniger verlangen dürfen an Leistungsbereitschaft als im gewöhnlichen Falle, wo Einteilung, Maß und Form sowie sonstige Eigenschaften der Kaufsache schon vereinbart worden sind.

Der Schuldner genügt auch seiner Leistungsbereitschaft, wenn er die Waren vorrätig hält, sie aber noch aus einem größeren Quantum aussondern muß, z. B. bei Kohlen, Getreide. Unter Umständen braucht er die Waren auch zur Zeit des Angebots noch nicht fertig oder vorrätig zu haben, wenn er nur imstande ist, die Leistung dann zu bewirken, wenn der Gläubiger das seinerseits Erforderliche, also den Abruf, bewirkt[114]). Auch ist meist nicht zu verlangen, daß der Verkäufer die Leistung zur Zeit des Verbalangebotes schon vorrätig hält. Darin besteht ja oft der praktische Nutzen des durch das Gesetz ermöglichten Verbalangebots, durch das dem Schuldner in seiner Leistungsbereitschaft eine gewisse Freiheit gewährt und weitere Grenzen gezogen werden. Der Schuldner kann sich auch die Waren erst von einem Dritten beschaffen müssen, nur muß ihm das tatsächlich und rechtzeitig möglich und die Waren bei dem Dritten als solche für den Schuldner irgendwie schon reklamiert worden sein[115]).

In dem besonderen Falle des Sukzessivlieferungsgeschäftes kann der Gläubigerverzug hinsichtlich einer Lieferung bzw. des Abrufs mit einer Lieferung den Verzug in betreff aller Lieferungen mit sich bringen. Der Verkäufer braucht dabei nicht die gesamte Leistung, die ihm nach dem Vertrage obliegt, lieferbereit bei der Hand zu haben, es genügt vielmehr, wenn er die Teilmenge bereit hält, die als Rate üblicherweise

[113]) Vgl. RG. Bd. 103 S. 15.
[114]) Vgl. RG. Bd. 50 S. 255; „Recht" 1921 Nr. 1312.
[115]) Vgl. RGR. Komm. Bd. I zu § 297 BGB. Anm. S. 484.

abzurufen Sitte ist. Betreffs des übrigen Quantums ist Leistungsbereitschaft dann anzunehmen, wenn der Verkäufer an den zukünftigen Terminen, insbesondere auf Grund von Verträgen mit Dritten, hätte rechtzeitig liefern können[116]). Wird allerdings durch den Verzug mit dem Abruf bezüglich einer Rate der ganze Vertragszweck gefährdet, dann wird man auch ohne weiteres den Gläubigerverzug betreffs des ganzen Vertragsgegenstandes annehmen können, ohne daß sich wegen einzelner zukünftiger Leistungen irgendwie schon eine Leistungsbereitschaft errechnen zu lassen braucht[117]).

In dem Falle, daß der Abruf erfolgt ist, regelt sich, wie eingangs erwähnt, der später liegende, z. B. in der Nichtannahme begründete Gläubigerverzug, wie beim gewöhnlichen Verkauf; der Verkäufer muß tatsächlich vergeblich anbieten.

b) Schuldnerverzug.

Grundlage eines jeden Schuldnerverzuges ist das Vorliegen einer Verpflichtung. Das macht auch den bedeutsamsten Unterschied zwischen ihm und dem Gläubigerverzug aus, der nur auf der Nichtausübung eines Gläubigerrechtes beruht. Wenn in der Praxis die Grenzen zwischen Recht und Pflicht einer Partei oft verschwimmen, so bleibt der Unterschied doch für den Verzug von entscheidender Bedeutung.

Es ist oben ausgeführt worden, daß dem Abrufsrecht auch eine Abrufspflicht des Käufers entsprechen kann. Erst wenn der Abruf zur Pflicht des Käufers geworden ist, ist die Möglichkeit eines Schuldnerverzuges gegeben.

Voraussetzungen des Schuldnerverzuges beim Kauf auf Abruf sind:

1. die Nichtausübung einer Pflicht, d. h. hier des Abrufs,
2. die Fälligkeit des Abrufs als Leistung,
3. die Mahnung des Verkäufers, die dem Käufer obliegende Leistung, den Abruf, vorzunehmen (§ 284 BGB.),
4. Verschulden des Käufers.

Im Gegensatz zum Gläubigerverzug tritt der Schuldnerverzug nicht ein, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat (§ 285 BGB.). Das Zögern mit der Leistung muß also, positiv gesprochen, schuldhaft sein, so daß bei höherer Gewalt, staatlichem Eingriff, unter Umständen bei Erkrankung des Schuldners u. a. trotz Ausbleibens des Abrufs ein Schuldnerverzug im technischen Sinne nicht vorzuliegen braucht. Man wird

[116]) Vgl. Reichsgericht in Jur. Woch. 1903 Beilage S. 79.
[117]) Vgl. Stern, Die kaufm. Liefergeschäfte S. 32; RG. Bd. 76 S. 152.

sogar meist auch dann nicht schuldhaftes Zögern annehmen dürfen, wenn sich der Schuldner in einem entschuldbaren Irrtume über seine Leistungspflicht befand[118]). Diese den Verzug ausschließende Bestimmung des § 285 BGB. hat in der Praxis eine erhebliche Bedeutung. So ist das Verschulden z. B. bei unterbliebenem Abruf in Sukzessivlieferungsgeschäften meist zu verneinen, wenn die bereits vorher abgerufenen Mengen vom Verkäufer noch nicht zur Lieferung gelangt sind und der Verkäufer sich die Verzögerung so selbst zuschreiben muß.

Fällig muß nach dem Gesetz die Leistung sein, um Schuldnerverzug herbeiführen zu können, d. h. beim Abrufsvertrag muß der Abruf als Schuldnerleistung des Käufers fällig sein, wenn sich der Schuldnerverzug auf den unterbliebenen Abruf stützen soll, Fälligkeit der übrigen Leistung ist also nicht erforderlich. Wann der Abruf fällig wird, läßt sich nicht immer sicher sagen, da oft keine bestimmten Abrufsfristen vereinbart werden und erst der Handelsbrauch den Zeitpunkt bestimmt, zu dem der Abruf spätestens vorgenommen sein muß. Welche Möglichkeiten und Schwankungen dabei denkbar sind, ist oben bei der Abrufsfrist ausgeführt worden. Für den Schuldnerverzug bringt es die Unbestimmtheit der Abrufsfrist mit sich, daß ein solcher sich nur nach vorheriger Mahnung oder Aufforderung zum Abruf denken läßt. Der Verkäufer darf von seinem Ermessen, den Schuldner zu mahnen, aber nicht beliebigen Gebrauch machen, sondern muß es in der richtigen Weise tun, so wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte von ihm verlangen, also erst zu einer Zeit, wo er auf den Abruf spätestens hätte rechnen dürfen. In den Fällen, wo es sich nicht um Kaufverträge unter Kaufleuten handelt, wird man m. E. sogar wegen der geringen Anforderung, die man bei Nichtkaufleuten an die Kenntnis handelsüblicher Gebräuche stellen kann, verlangen müssen, daß, bevor sich der Verkäufer den Schuldnerverzug zunutze machen will, er gemäß § 315 BGB. den Richter um Bestimmung der Leistungszeit anzugehen hat. Erst nach der richterlichen Klärung wird man den Schuldnerverzug eines Nichtkaufmanns in billiger Weise feststellen können. Der Verkäufer kann diesen Weg auch indirekt dadurch einschlagen, daß er Klage auf Vornahme des Abrufs erhebt, denn das Verfahren bringt dann inzidenter die Feststellung der Fälligkeit mit sich. Ohne die zeitliche Rechtfertigung kann einer solchen Klage ja nicht stattgegeben werden. Im Handel zwischen Kaufleuten allerdings bedeutete eine solche Forderung meist eine ungerechtfertigte Er-

[118]) RG. Bd. 36 S. 43.

schwerung des Verkehrs. Hier kann man ohne weiteres eine gewisse Kenntnis der Handelsüblichkeiten bei den Parteien voraussetzen. Es dürfte deswegen dem Verkehrsbedürfnisse entsprechen, von dem Richter im Streitfall höchstens nachträglich eine Nachprüfung darüber anzustellen, ob der Käufer als Schuldner in der richtigen Weise von seinem Ermessen, den Abruf vorzunehmen, Gebrauch oder nicht Gebrauch gemacht hat, und ob die Mahnung des Verkäufers als solche zeitlich gerechtfertigt war.

Das Reichsgericht[119]) hat ähnliche Gesichtspunkte einmal für die Bestimmung der Leistung durch den Käufer und den Schuldnerverzug geäußert. Da im Gesetz im einzelnen nichts darüber gesagt ist, steht m. E. der Ausdehnung einer analogen Auffassung auf die Lieferzeit, die doch durch den Abruf bestimmt wird, nichts entgegen. — Einfacher liegt der Fall, wenn die Abrufsfristen im Vertrage genannt sind. Dann ergibt sich die Fälligkeit spätestens mit Ablauf der Abrufsfrist. Häufig tritt Fälligkeit ein schon vor dem Endtermin der Abrufsfrist, weil der Käufer dem Verkäufer ja eine gewisse Lieferfrist einräumen muß; meist beträgt sie drei Tage[120]). Die Fälligkeit kann insbesondere auch schon vorher eintreten, wenn es sich um Sukzessivlieferungsverträge handelt, wo Abnahme in regelmäßigen Abständen meist im Vertrage als Parteiwille anzusehen ist[121]). Hier erübrigt sich nach § 284 Abs. 2 BGB. auch die Mahnung. Der Schuldner kommt ohne weiteres in Leistungsverzug.

c) Verzugsfolgen.

Bei den Verzugsfolgen sind diejenigen, die durch den Gläubigerverzug von denen, die durch den Schuldnerverzug herbeigeführt werden, zu trennen. Mit einem Fall z. B., wo Gläubigerverzug ohne Schuldnerverzug eintreten kann, haben wir es zu tun, wenn der Käufer durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand an dem Abruf verhindert ist, denn dann ist der Verkäufer auf die Geltendmachung der Rechte aus dem Gläubigerverzug beschränkt. Die Beanspruchung der Rechte aus einem Verzuge steht der gleichzeitigen Geltendmachung der Folgen aus dem anderen Verzuge nicht entgegen. Bald wird sich der Verkäufer lieber dieser oder jener Verzugsrechte bedienen.

Auf Grund des Gläubigerverzuges des Käufers stehen dem Verkäufer zunächst die Rechte aus den §§ 300—304, 372, 383, 322 Abs. 2 und 3, 274 Abs. 2 BGB. zu, das sind insbesondere

[119]) RG. Bd. 64 S. 114; RG. Bd. 90 S. 30.
[120]) Vgl. Soergel a. a. O. Bd. 1 S. 525 Anm. 1 zu § 271, 1929.
[121]) Vgl. Hagedorn a. a. O. § 12 S. 83 ff. Abhandlung Nr. 115—146.

die Vorschriften über Haftungserleichterung, wie die über Ersatz der Mehraufwendungen. Diese Vorschriften werden durch das Handelsgesetzbuch nicht berührt, wie § 374 HGB. ausdrücklich hervorhebt[122]).

Beim Handelskauf auf Abruf stehen aber dem Verkäufer außerdem noch die Rechte aus dem § 373 HGB. zu, die für ihn meist größere Bedeutung haben werden. Sie betreffen die Hinterlegung der Waren oder deren öffentliche Versteigerung. Letztere Bestimmung entspricht den etwas enger gefaßten §§ 372, 383 BGB. Die Hinterlegung spielt in der Praxis eine große Rolle, denn oft kann der Verkäufer die fertigen Waren auf eine andere Weise nicht absetzen, so daß die Hinterlegung für ihn die günstigste Sicherung seiner Ansprüche darstellt.

Zu den Folgen des Gläubigerverzuges, herbeigeführt durch unterbliebenen Abruf, gehört vor allem die Verschiebung der Gefahrtragung für die gekauften Waren auf den Käufer. Ist eine Spezies geschuldet, so erwachsen dem Verkäufer die Rechte aus § 300 Abs. 1, falls ihn kein Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit treffen. Ist eine Gattungssache geschuldet — der weit häufigere Fall beim Abrufsgeschäft —, so ist, wie beim Gläubigerverzug, herbeigeführt durch Nichtannahme, außer dem Verzug noch die Aussonderung erforderlich, um den Käufer die Gefahr für den Untergang der Sache tragen zu lassen; denn unter Umständen läßt sich der Fall denken, daß Gläubigerverzug nach §§ 295, 296 BGB. vor der Ausscheidung eintritt[123]). Erst wenn durch diese die nötige Bestimmbarkeit des Leistungsinhaltes nach der quantitativen Seite hin herbeigeführt ist, fällt der Untergang während des Verzuges dem Käufer zur Last (§ 302 BGB.). Daß die Waren dem Käufer auch tatsächlich angeboten worden sind, ist dabei im Falle, daß der Gläubigerverzug auf dem Wege über § 297 BGB. eingetreten ist, weder bei einer Speziesschuld, noch bei einer Gattungsschuld erforderlich[124]).

Welche Rechte stehen aber dem Verkäufer im Falle des Schuldnerverzuges zu? Er kann zunächst auf Abruf klagen, denn er hat ja tatsächlich einen Anspruch auf Erfüllung der Abrufspflicht. Von Hagedorn und seinen Anhängern[125]) wird ihm außerdem der Schadensersatzanspruch aus § 286 BGB. zugebilligt. Diese Auffassung scheint mir bedenklich.

---

[122]) Vgl. Simeon-David a. a. O. Bd. I, 1 S. 315.
[123]) Vgl. Fischer, H. A., Konzentration und Gefahrtragung in Iherings Jahrb. Bd. 51 S. 196, 1907; RG. Bd. 57 S. 404, 406.
[124]) Vgl. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse Bd. 2, 1 S. 220 (zu § 300 BGB.); vgl. Fischer a. a. O. S. 159 ff. und 197.
[125]) Vgl. Hagedorn a. a. O. S. 46.

M. E. ist der Sinn des Gesetzes, daß § 286 BGB. zu seiner Anwendung eine Sachleistung voraussetzt, die Abrufspflicht aber nicht in der Verbindlichkeit besteht, eine Sache zu leisten, sondern in der Verpflichtung, eine Willenserklärung vorzunehmen[126]). Der Wortlaut des § 286 BGB. ergibt im Anschluß an den § 284 Abs. 1 BGB., daß er unter Schaden hier denjenigen verstanden wissen will, der durch unterbliebene Sachleistung dem Verkäufer entstanden ist, den Schaden, den er dadurch erleidet, daß er nicht rechtzeitig zu der ihm gebührenden Sachleistung kommt, aber nicht den Schaden, den er dadurch erleidet, daß er, der Verkäufer, nicht rechtzeitig seine eigene Leistung dem Käufer gegenüber bewirken kann. Da sich aber mit dem verspäteten Abruf selbst als einer unkörperlichen Leistung unmittelbar kein materieller Schaden verbinden kann, ist auf den Schuldnerverzug des Käufers mit dem Abruf § 286 BGB. nicht anzuwenden[127]). — Den Schaden, den der Verkäufer durch die Tatsache, daß er nicht liefern, d. h. leisten kann, erleidet, kann er dagegen auf dem Wege über § 304 BGB. geltend machen. Das Recht auf Ersatz des Schadens, der durch verspätete Zahlung des Kaufpreises dem Verkäufer entstanden ist, wird hiervon nicht betroffen. Es handelt sich dabei um einen außerhalb der hier zu behandelnden Fragen entstehenden Anspruch, der sich auf § 288 BGB. in Verbindung mit § 352 HGB. stützt. Hier kommt gegebenenfalls auch ein Schadensersatzanspruch nach § 286 BGB. in Frage.

Die Geltendmachung der genannten Verzugsrechte, insbesondere der Gläubigerverzugsrechte, läßt den Erfüllungsanspruch aus dem Vertrage weiter bestehen. Oft wird es aber im alleinigen Interesse des Verkäufers liegen, wegen der Unzuverlässigkeit des Käufers vom Vertrage loszukommen. Eine solche Möglichkeit läßt sich nur mit Hilfe des § 326 BGB. denken.

Die weitere Frage ist also, ob sich der § 326 BGB. beim unterbliebenen Abruf anwenden läßt.

Nach dem Gesetz ist dazu außer der Fristsetzung und Androhung des Verkäufers erforderlich, daß der säumige Vertragsteil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist. Der Ton liegt dabei auf „d e r", nicht jede unterbliebene

---

[126]) Aus demselben Grunde ist bei der Vernachlässigung der Abnahmepflicht ein Schadensersatzanspruch aus § 286 BGB. abzulehnen. Vgl. hierzu RG. Bd. 57 S. 406.

[127]) § 286 BGB. gilt ja für die einseitigen Verpflichtungen des Schuldners, also nicht bei gegenseitiger Verpflichtung für die Gegenpflichten der anderen Vertragspartei. Für den gegenseitigen Vertrag ist immer § 326 BGB. maßgebend.

Leistung kann die schwerwiegenden Folgen des § 326 BGB. herbeiführen. Vielmehr muß es sich dabei um eine Hauptleistung handeln, eine Leistung, „die dem anderen Vertragsteil den Ersatz oder Gegenwert für seine Leistung bietet“[128]). Diese Auffassung hat sich heute allgemein durchgesetzt und wird auch in der Praxis ständig vertreten[129]).

Ist im Abruf, soweit, wie oben ausgeführt, er überhaupt eine Pflicht des Käufers ist, eine solche Hauptverpflichtung oder eine Nebenleistung zu erblicken? Prinzipiell läßt sich diese Frage nicht beantworten. An sich ist der Abruf zwar nicht als Hauptleistung anzusehen, denn die entscheidende Hauptleistung bleibt immer die eigentliche Gegenleistung, meist also die Bezahlung. Sie allein steht mit der Lieferung der Ware allein in einem gleichwertigen Verhältnis. Es bieten sich nicht ohne weiteres aus allgemeinen Gesichtspunkten Merkmale, die den Abruf als Hauptleistung hinzustellen vermögen. In der Praxis aber erlauben die meisten Verträge ihrem Charakter und der Handelsusance nach die Annahme, daß der Abruf von den Parteien als Hauptleistung aufgefaßt worden ist und werden sollte. Nach dem für die Schuldverhältnisse geltenden Grundsatze der Vertragsfreiheit ist es ja den Parteien auch anheimgestellt, der ihre gegenseitigen Verpflichtungen begründenden Abrede beliebige Bedeutung beizumessen.

Entscheidend für die Bewertung der Abrufspflicht muß der konkrete Vertrag und das aus ihm hervorgehende Interesse, das der Verkäufer an seiner rechtzeitigen Vornahme hat, sein. Ist nach dem Willen der Parteien, wie er beim Vertragsabschlusse seinen Ausdruck gefunden hat, oder wie er sich aus den Umständen ergibt, der Vornahme des Abrufs eine den Sinn und Zweck des Geschäfts so beeinflussende Bedeutung beigemessen worden, daß es der einen Partei oder der anderen wesentlich darauf ankam, so ist der Abruf als Hauptleistung anzusehen. Unter Kaufleuten wird man diese Vertragsabsicht im Zweifel für die wahrscheinlichere halten müssen; sie allein ermöglicht die rasche und reibungslose Abwicklung des Handelsverkehrs. In der Geschäftswelt hat sich auch ziemlich einmütig diese Auffassung Geltung verschafft. Sie will die Unterlassung des Abrufs wie die Unterlassung der Spezifikation behandelt wissen. Da diese aber dem Gesetz nach ausdrücklich die Anwendung des § 326 BGB. für zulässig

---

[128]) Vgl. Reichsgericht in „Recht“ 1903 Nr. 2242.

[129]) So die maßgeblichen Entscheidungen für den Abruf: RG. Bd. 53 S. 163, Bd. 57 S. 110, Bd. 61 S. 279; ferner Seufferts Archiv Bd. 63 S. 106, RG. Bd. 110 S. 284; Staub, Komm. zu § 374 HGB. Exkursion 1921 Anm. 163; Staudinger, Komm. zu § 326 BGB. Anm. B I, 1b; RG. Bd. 92 S. 270.

erklärt, warum soll dann nicht bei dem ähnlich liegenden Abruf ebenfalls so verfahren werden, wenn ein dementsprechender Parteiwille angenommen werden kann. Die Handelskammern geben daher innerhalb ihres Machtbereiches dem säumigen Käufer unter Setzung einer angemessenen Nachfrist immer die Rechte aus § 326 BGB. und bezeichnen in ihren Gutachten den Abruf als eine die Folgen des § 326 BGB. rechtfertigende Hauptverpflichtung. Die Rechtsprechung ist sich nicht einig. Sie hat vielfach in neuerer Zeit der Auffassung der Handelskammern in weitgehendem Maße Rechnung getragen und bisweilen sogar ihr Urteil zu sehr der gutachtlichen Äußerung der Handelskammern unterstellt. Auf diesen Umstand wird im nächsten Abschnitt noch zurückzukommen sein. — Andererseits gibt es auch Entscheidungen, die die Erfordernisse, die den Abruf zur Hauptpflicht machen können, zu eng fassen[130]).

Trotzdem läßt sich bereits in der Rechtsprechung der Zug nach einer einheitlichen Linie in der Behandlung des Abrufsvertrages erkennen:

So hat sich der Grundsatz durchgesetzt, daß auch bei einem Nichtfixgeschäfte die Vertragschließenden der Erfüllungszeit wesentliche Bedeutung beilegen und die Abrufspflicht zu einer Hauptverpflichtung machen können[131]).

Bei einem Lederkauf z. B. mit der Vereinbarung „lieferbar bis 31. Dezember 1914", die nicht als Fixgeschäft angesehen werden kann, ist der Innehaltung der Erfüllungszeit doch so wesentliche Bedeutung beigemessen worden, daß der Abruf als Hauptverpflichtung mit den folgenden des § 326 bejaht worden ist[132]).

In Fällen, wo keine bestimmte Abrufszeit vereinbart worden ist, kann einer baldigen Erfüllung doch durch nachträglich eintretende Umstände eine so wesentliche Bedeutung beikommen, daß an einer beliebigen Ausdehnung des Abrufs nicht mehr gedacht werden darf, ohne damit gegen Treu und Glauben zu verstoßen.

So hat das Reichsgericht[133]) im Falle einer starken Preissteigerung, mit der nicht zu rechnen war, wie im Falle der Inflation, die Anwendung des § 326 bei unterbliebenem Abruf bejaht und den Verkäufer vom Vertrage zurücktreten lassen.

In solchen Fällen müssen betreffs der Folgen unter Umständen die beiderseitigen Interessen gegeneinander abgewogen

---

[130]) Vgl. Anm. 129.
[131]) Vgl. Warneyers Entsch. Ergänz.-Bd. 1916 Nr. 221.
[132]) Vgl. Jur. Woch. 1917 S. 42.
[133]) Vgl. Jur. Woch. 1919 S. 499.

werden. Eine Schadensersatzforderung des Verkäufers gemäß § 326 BGB. z. B. könnte dabei gegen die guten Sitten verstoßen, die Rücktrittserklärung aber nicht.

Es läßt sich aber auch bei besonderen Verhältnissen unter Umständen im Nichtabruf ein Verzicht erblicken[134]). So hat das Kammergericht[135]) einmal im Krieg und bei den dadurch hervorgerufenen Preisschwankungen im allzu langen Hinausziehen des Abrufs einen Verzicht auf Lieferung erblickt, der den Verkäufer frei machte.

Auch der Umstand, daß die Waren speziell herzustellen waren, wie z. B. Packungen von einer gewissen Größe und mit bestimmtem Aufdruck, können den Abruf derselben zu einer Hauptleistung machen[136]).

Andere, sehr häufige Fälle, wo der Charakter des Abrufs als Hauptleistung zu bejahen ist, leiten sich vom Gegenstand des Geschäftes her. So z. B. der Fall, daß die Waren ab Schiff verkauft sind. Es kommt dann sehr auf den rechtzeitigen Abruf an, da eine längere Lagerung auf dem Schiff meist nicht möglich ist.

Auch kann der Verkäufer oft zur Aufrechterhaltung eines geordneten Geschäftsbetriebes, insbesondere bei Sukzessivlieferungsverträgen, einen rechtzeitigen Abruf erwarten und beanspruchen, so daß die Verpflichtung zu seiner Vornahme als Hauptleistung mit deren Folgen anzusehen ist.

Ebenso hat das Reichsgericht[137]) die Anwendung des § 326 BGB. in Fällen bejaht, wo der Gegenstand des Kaufgeschäftes eine Ware war, die im Vergleich zu ihrem Gewicht einen unverhältnismäßig großen Raum beanspruchte (z. B. Werg) und der Verkäufer bei Unterlassung des Abrufs in Schwierigkeiten mit dem Platze zum Aufstapeln der Ware geriet.

Die Anwendung des § 326 BGB. wird man auch in all den Fällen zugeben können, wo zwischen Abruf und Abnahme der Ware sowie der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises ein so enger Zusammenhang besteht, daß der Abruf als ein Teil der dem Kläger obliegenden Gesamthauptleistung anzusehen ist. Mit einem solchen Fall hat man es z. B. bei der Vereinbarung und der Kaufbestätigung „Kasse gegen Duplikatbrief" bzw. Lieferschein bei der Getreide-A.G. Ham-

[134]) Vgl. Warneyer, Komm. zum BGB. § 433 Anm. 118.
[135]) Vgl. OLG. Bd. 34 S. 20.
[136]) Vgl. RG. 26. 11. 26, VI, 263/26.
[137]) Vgl. „Recht" 1921 Nr. 1323, 1312, 1437.

burg zu tun[138]). Die Vereinbarung zeigt, daß der Kläger vertraglich verpflichtet war, zur gehörigen Abwicklung des Geschäfts durch rechtzeitigen Abruf unter Aufgabe des Versand- und Lieferungsauftrages mitzuwirken.

In der Literatur gehen die Meinungen über den Charakter des Abrufs als eine die Anwendung des § 326 BGB. rechtfertigende Hauptleistung oder als eine bloße Nebenleistung mit den Folgen ds § 286 BGB. sehr auseinander:

Während Hagedorn[139]) und Oertmann[140]), dem Wunsche vieler Kaufleute folgend, prinzipiell die Verzugsfolgen des § 326 BGB. bei unterbliebenem Abruf angewandt sehen wollen, steht Freudenthal[141]) auf dem Standpunkt, der unterbliebene Abruf rechtfertige als vorwiegendes Recht nur sehr ausnahmsweise die Anwendung des § 326 BGB. Andere[142]) verneinen in der Regel den Charakter des Abrufs als Hauptverpflichtung, endlich wieder kehren einige diese Auffassung um und sagen, der Abruf sei gewöhnlich eine Hauptverpflichtung. Düringer-Hachenburg[143]) sieht überhaupt den Abruf als Teil der Abnahmepflicht an und kommt so bei unterlassenem Abruf zu den Folgen der unterbliebenen Abnahme. Staub[144]) endlich stellt den Abruf an sich als Nebenleistung hin, räumt aber ein, daß er „häufig zu einer Hauptleistung werden" kann.

Es zeigt sich somit, daß sich in der Literatur noch keine einheitliche Auffassung durchgesetzt hat. Alle Ansichten aber betonen die Möglichkeit, daß der konkrete Fall Ausnahmen der vertretenen Auffassung zulasse. Somit läßt sich im Ergebnis aus dem Schrifttum auch nur der von dem Verfasser vertretene und ausgeführte Standpunkt als Schluß ziehen: Der Einzelfall muß entscheiden. Eine prinzipielle Entscheidung läßt sich nicht vertreten.

Auf die Möglichkeiten, die der § 326 BGB. dem Verkäufer bietet, braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht im einzelnen eingegangen werden. Diese Frage regelt sich nach allgemeinen Gesichtspunkten. Es sei lediglich darauf hingewiesen, daß der

---

[138]) Vgl. Entsch. der OLG. Bd. 34 S. 30.
[139]) Vgl. Hagedorn a. a. O. S. 46 ff.
[140]) Vgl. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse § 326 Anm. 3e Bd. II, 1, 1928.
[141]) Vgl. Freudenthal a. a. O. S. 39.
[142]) Vgl. Enneccerus Bd. I, 2 S. 168, 1922; Staudinger Bd. II S. 207 § 326 Anm. B I, 1b; Warneyer, Komm. Bd. 1, 1923, § 293 Anm. IV; Seufferts Archiv Bd. 63 S. 8.
[143]) Vgl. Düringer-Hachenburg, Komm. zum HGB. Bd. III S. 70 ff.
[144]) Vgl. Staub, Komm. zum HGB. Vorbem. zu § 373, Vorbem. 71, Anh. zu § 395 Anm. 5, 1926; DHZ. 1904 S. 800 (Lippmann).

Verkäufer nur dann von dem Rechtsbehelfe des § 326 BGB. Gebrauch machen kann, wenn er sich selbst auf den Standpunkt vertragsgetreuer Erfüllung gestellt hat[145]). So kann z. B. bei Sukzessivlieferungsgeschäften die vertragswidrige Lieferung einer abgerufenen Teilmenge die Anwendung des § 326 BGB. für den unterbliebenen Abruf auf die kommenden Lieferungen ausschließen.

Im Anschluß an die Verzugsfolgen sei noch darauf hingewiesen, daß dem Verkäufer, unabhängig von diesen im Falle des unterbliebenen Abrufes, oft noch andere Möglichkeiten gegeben sind, sich schadlos zu halten. So läßt sich aus der bestimmten und ernstlichen Weigerung, den Abruf vorzunehmen, oft erkennen, daß der Käufer nur vertragswidrig abrufen will, so daß er sich damit einer positiven Vertragsverletzung schuldig machen würde. Bevor man jedoch eine solche bejaht, müssen die tatsächlichen Umstände erst daraufhin geprüft werden, ob die Ablehnung des Abrufs es als ausgeschlossen erscheinen läßt, daß der Käufer bei Fristsetzung die Lieferung verlangen würde[146])[147]). Weiterhin müßte auch, um den Fall der Vertragsgefährdung bejahen zu können, der Fall des Abrufs als Hauptverpflichtung gegeben sein. Handelt es sich beim Abruf nur um eine vertragliche Nebenleistung, dann läßt sich das Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung nur in seltenen Fällen rechtfertigen. Im allgemeinen wird, da der unterbliebene Abruf das Geschäft als solches nicht gefährden, nur hinauszögern, wird der Vertrag aber durch das Verhalten des Käufers so erheblich gefährdet, daß dem Gegner die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses überhaupt nicht mehr zugemutet werden kann, sei es aus Sicherungs- oder Billigkeitsgründen, dann wird man auch die Folgen des § 326 BGB. als gegeben annehmen müssen, während sich sonst lediglich ein Schadensersatzanspruch aus § 276 BGB. herleiten ließe[148]). Bejaht man im Einzelfalle die Anwendung der Folgen des § 326 BGB. unter letztgenanntem Gesichtspunkte, dann wäre der Verkäufer auch von der Setzung einer Nachfrist befreit. (§ 326, 2 BGB.)

Die sonstigen Rechte des Käufers im Falle des Verzuges und anderweitigen vertragswidrigen Verhaltens weisen beim Abrufsgeschäft gegenüber den gewöhnlichen Geschäften

---

[145]) Vgl. Jur. Woch. 1925 S. 48.
[146]) Vgl. Warn. Jahrb. der Entsch. 1916 zu § 326 Anm. 8; Staub a. a. O. Anm. 5 zu § 359.
[147]) Vgl. über die Voraussetzungen der positiven Vertragsverletzung noch S. 32 ff.
[148]) Vgl. RG. Bd. 106 S. 25; Leipz. Zeit. 1914 S. 855, 2.

keine Besonderheiten auf. Auch beim Sukzessivlieferungsgeschäft auf Abruf liegen die wesentlichen Eigentümlichkeiten nicht im Abruf, sondern in der Vereinbarung der Sukzessivlieferung. Die für diese aber geltenden Vorschriften waren im Rahmen dieser Arbeit nicht zu untersuchen.

VIII.

Würdigung des Handelsbrauchs in seiner Bedeutung für den Kauf auf Abruf.

Die häufige Bezugnahme auf den Handelsbrauch, die dargetane Bedeutung desselben für die gesetzlich nicht geregelte Materie des Abrufs, erfordert eine besondere Betrachtung des Handelsbrauchs in der Richtung, was Handelsbrauch zu nennen ist und wie ein solcher festgestellt werden kann, andererseits, was ungerechtfertigterweise Handelsbrauch genannt wird.

Zur Feststellung von Handelsbräuchen ist der Richter an keine bestimmten Methoden gebunden. Er kann selbst diesbezügliche Erhebungen anstellen und von sich aus ein Urteil darüber fällen, was als handels- und verkehrsüblich anzusehen ist. In der Mehrzahl der Fälle wird das Gericht aber wegen der Umständlichkeit dieses Weges, die Feststellung über das, was in diesem und jenem Falle als Handelsbrauch anzusehen ist, den Handelskammern überlassen. Dieser Weg wird auch gewöhnlich gewählt. Er ist der sicherere und bequemere, denn er läßt als Folge der Kompetenz der Handelskammern in gewissen Grenzen Verallgemeinerungen zu. In diesem Sinne haben die Gutachtensammlungen der Handelskammern über die in ihrem Bezirk üblichen Handelsgebräuche eine große Bedeutung in der Praxis erlangt.

Der Wert der Handelskammergutachten ist jedoch für den Richter nur ein beschränkter. Oft wird er überschätzt und dürfte in der Praxis nicht kritisch genug gewürdigt werden. Dient den Richtern oder den Handelskammern als Grundlage ihrer Entscheidungen eine der Sammlungen von Handelsgebräuchen, so ist besondere Vorsicht geboten.

Den Sammlungen als solchen ist in erster Linie ein wirtschaftsstatistischer Wert beizumessen. Denn der Handel steht nicht auf einem Punkte still, sondern befindet sich dauernd in der Entwicklung, das bringt aber Veränderungen der Handelsauffassungen und -bräuche mit sich. Die Bezugnahme auf in der Vergangenheit liegende Gutachten hat daher

nur einen relativen, zeitlich bedingten Wert. Sie können zwar zur Charakterisierung der Richtung der heutigen Auffassung herangezogen werden, dürfen aber in der Praxis nicht ohne Nachprüfung als maßgeblich gelten, da es keine Sicherheiten im fortschreitenden Handel dafür gibt, daß in einem Jahre noch gebräuchlich ist, was es im vorigen Jahre war. Es wird deshalb das Gericht seine Entscheidung im Einzelfalle immer einem neuen Gutachten unterwerfen müssen.

Was das einzelne Gutachten betrifft, so hat die Erfahrung gelehrt, daß auch dieses nicht immer kennzeichnend für das Handelsübliche zu sein braucht. Eine gewisse Vorsicht und Kritik ist auch ihm gegenüber notwendig, selbst, wenn es das neueste Datum trägt. Es werden die im Einzelgutachten getroffenen Feststellungen bei gewissenhafter Anwendung derselben bei der Rechtsprechung auf ihre Entstehung hin geprüft werden und evtl. durch eigene Nachfrage des Richters noch bestätigt werden müssen. Dazu gibt die Art und Weise Veranlassung, wie manche Handelskammern ihre Gutachten zustande kommen lassen. Oft nehmen sie da auf die von ihnen herausgegebenen Handelsbräuche einzelner Geschäftszweige Bezug (z. B. ortsübliche Bräuche im Handel mit Spirituosen). Ihnen liegen aber oft, wie die Praxis gezeigt hat[149]), lediglich die von einer stärkeren Geschäftspartei der schwächeren aufoktroyierte Geschäftsbedingungen zu Grunde. Es würde über den Rahmen der Arbeit hinausgehen, auf Einzelheiten näher einzugehen. Zur Erläuterung des beschränkten Wertes solcher Feststellungen genügt ein Fall. Es hat sich z. B. gezeigt, daß die Handelskammer Berlin im Obst- und Gemüsehandel auf einseitiges Verlangen der Grossisten deren Geschäftsbedingungen für die Interessenten zur Verbreitung empfohlen hat, um sie nach kurzer Zeit schon als Handelsbräuche anzuerkennen[150]). Gerade aber bei den Abrufsterminen stellt oft einseitig die stärkere Partei ihre diesbezüglichen Geschäftsbedingungen zusammen und läßt sie dann unter dem Namen „Handelsbräuche" von den Handelskammern veröffentlichen. Die Handelskammern sollten aber nicht den darin ausgesprochenen Willen der stärkeren Partei berücksichtigen, solange er sich nicht auch tatsächlich durchgesetzt hat, sondern sie müßten die Sachlage in anderer Weise prüfen, indem sie einzelne Parteien über das bei ihnen Übliche befragen. Da das nicht immer geschieht, muß die Aufgabe dieser Nachprüfung dem Gericht zufallen. Dieses müßte unter Umständen sogar weitergehen und Gutachten wie: „für den

[149]) Vgl. Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft zu Berlin, 1904, Bd. III S. 393 ff., S. 434.
[150]) Vgl. Schreiber, Handelsbräuche, 1922, S. 29 ff.

vorliegenden Streitfall ist der § 22 der Ortsgebräuche im Berliner Ziegelsteinhandel anzuwenden", zurückweisen[151]). Solche Gutachten enthalten nicht den Wert einer brauchbaren Feststellung über das, was handelsüblich ist. Sie tragen von vornherein den Charakter einer wahrscheinlichen Einseitigkeit.

Es darf sich nachdem die richterliche Tatsachenwürdigung nicht unselbständig an die Aussage der Handelskammern anlehnen, vielmehr ist hier die größte Vorsicht und die bestimmteste Selbständigkeit geboten.

Auf die insofern eingeschränkte Bedeutung der gutachtlich getroffenen Feststellungen, wie sie im Laufe der Arbeit zitiert worden sind, mußte der Vollständigkeit halber hingewiesen werden.

[151]) Vgl. Schreiber a. a. O. S. 42.

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher und Kommentare.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 1923.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl. 1927.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II u. III, 2. Aufl. 1913.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 4, Abtlg. 2, 1918 (Brodmann: Allgemeine Grundsätze; Oertmann: Das Kaufgeschäft, der gewöhnliche Handelskauf).

Endemann, Friedrich: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl. 1903.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands, 6. Aufl. 1913.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Teil 1, 4./5. Aufl. 1909 und Bd. I, Teil 2, 15/17. Aufl. 1922.

v. Giercke, Julius: Sachenrecht in: Encyklopädie der Rechtswissenschaften, Heft 9, 1925.

— Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 2. Aufl. 1926.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I u. II, Teil I, 1904/06.

Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 1928.

Loewenwarter: Wegweiser durch das Bürgerl. Gesetzbuch, 7./9. Aufl. 1927.

Makower: Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Bd. II, 13. Aufl. 1907.

Mosse-Heymann: Handelsgesetzbuch, 17. Aufl. 1926.

Oertmann: Allgemeiner Teil des Bürgerl. Gesetzbuchs, 3. Aufl. 1927.

— Recht der Schuldverhältnisse, Bd. II, 1, 5. Aufl. 1928.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 2. Teil, 4. Aufl. 1923.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erl., Bd. I, 1899, Bd. II, 1903.

Reichsgerichtsräte-Kommentar: Bd. I u. II, 7. Aufl. 1929.

Simeon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich, Bd. I, Erste Hälfte, 14./15. Aufl. 1928.

Soergel: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, 4. Aufl. 1929

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, 11. Aufl. 1921.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., Bd. II, 1, 1930, Bd. II, 2, 1928.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I u. II, 2. Aufl. 1919 ff.

II. Einzelwerke.

Adler: Übergang der Gefahr beim Handelskauf, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 72 S. 388.

Boer: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Gruchots Beiträge, Bd. 54 S. 493 ff.

Dove: Subjektive Elemente bei der Gewohnheitsrechtsbildung (Handelsgebräuche und typische Geschäftsbedingungen) in: Jurist. Wochenschrift 1916.

Dove-Meyerstein: Gutachten über Handelsbräuche, erstattet von der Industrie- und Handelskammer in Berlin, Bd. I, 1907; Bd. II, 1912; Bd. III, 1926; Bd. IV, 1930.

Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag, 1899.

Fischer, H. A.: Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden, Iherings Jahrb. Bd. 51 S. 159, 1907.

Freudenthal: Voraussetzungen des Verzuges beim Kauf auf Abruf, 1912.

Hagedorn: Der Handelskauf auf Abruf und die Handelsbräuche darüber, 1915.

Hellauer: Kaufverträge, Werk-, Konsignations- und Leihverträge im Warenhandel und in der Industrie, 1927.

Hohenstein: Der Abnahme- — Annahme-Verzug des Käufers — Gläubigers, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 25 S. 69 ff.

Hueck: Verzug bei Sukzessivlieferungsverträgen, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht Bd. 79 S. 164.

Jacobi: Die Abnahmepflicht des Käufers unter Berücksichtigung der Abnahmepflicht des Werkbestellers, Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 259 ff.

Kisch: Gattungsschuld und Wahlschuld, 1912.

Kohler: Annahme- und Abnahmeverzug, Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 261.

Lasalle: System der erworbenen Rechte, Bd. II, 1880.

Oertmann: Der gewöhnliche Handelskauf in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, Abtlg. 2, 1918.

Oelrichs: Breslauer Handelsgebräuche, 1910—1928, 1929.

Riesenfeld: Breslauer Handelsgebräuche, Bd. I, 1900, Bd. II, 1911.

Schreiber: Handelsgebräuche, 1922.

Schroeder: Unmöglichkeit und Ungewißheit, 1905.

Stern: Die Gefahrtragung, 1910.

— Die kaufmännischen Lieferungsgeschäfte und die gebräuchlichsten Klauseln beim Handelskauf, 1924.

Wendt: Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt; Bürgerliches Gesetzbuch § 276; Archiv für zivilistische Praxis Bd. 87 S. 423.

Zander: Der Kauf auf Abruf; Gruchots Beiträge Bd. 52 S. 304, 1908.

Zoebisch: Papierhandelsgebräuche, 1926.

Außerdem wurden benutzt die zitierten Zeitschriften und Entscheidungssammlungen, sowie die Denkschrift zu dem Entwurf eines allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (Guttentagscher Verlag), die Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, die Protokolle der Kommissionen für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches und die Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches.

Lebenslauf.

Am 24. August 1904 wurde ich als Sohn des Dr. med. Fritz Froehlich, Chefarztes des Krankenhauses Bethlehem in Breslau, und seiner Ehefrau Käthe, geb. Selle, in Breslau geboren.

Ich besuchte zuerst das humanistische Johannes-Gymnasium in Breslau, später das Realgymnasium St. Elisabeth ebenda, das ich Ostern 1924 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte darauf 9 Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten in Breslau, Frankfurt a. M. und als Auslandsstudent an der Johns Hopkins University in Baltimore, Md. U.S.A. Am 13. und 14. März 1929 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Am 23. März 1929 wurde ich zum Referendar ernannt. Zur Zeit bin ich am Amtsgericht in Breslau beschäftigt.